



Universidad
Carlos III de Madrid

La diversidad cultural y el tráfico ilícito de bienes: Nuevas perspectivas internacionales

Marta González Suárez

2017

CUADERNOS DE DERECHO DE LA CULTURA nº 10

Director de la colección:

Marcos Vaquer Caballería (UC3M)

Consejo Editorial:

Icíar Alzaga Ruiz (UNED)

Domenico D'Orsogna (Università di Sassari, Italia)

Javier García Fernández (UCM)

Luciano Parejo Alfonso (UC3M)

Francisco Piñón (Universidad Nacional de Tres de Febrero, Argentina)

Jesús Prieto de Pedro (UNED)

Honorio Velasco Maíllo (UNED)

Secretaría de redacción:

Raquel Rivera

Cuadernos de Derecho de la Cultura quiere ser un portal abierto para la difusión de los mejores trabajos de investigación que se desarrollan en el seno del Instituto, así como de otros estudios y colaboraciones externas que merezcan ser publicados. Para garantizar su calidad, los originales cuya publicación se nos proponga serán sometidos a una evaluación ciega por pares. Con objeto de favorecer su máxima difusión y visibilidad, se ofrece en acceso abierto en el repositorio institucional de la Universidad Carlos III, *e-Archivo*, bajo una licencia *Creative Commons*, de modo que estos *Cuadernos* sean accesibles a todos en todas partes.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada

Disponible en e-Archivo: <http://hdl.handle.net/10016/24603>

Edita:

INSTITUTO INTERUNIVERSITARIO PARA LA COMUNICACIÓN CULTURAL
UC3M-UNED

C/Madrid 126, 28903 Getafe (Madrid) España

Despacho 15.1.59 Correo-e: icultura@pa.uc3m.es

Tel.: (+34) 91 624 57.81 Fax: (+34) 91 624 57.37

<http://www.uc3m.es/iicc>

Índice

I.	Introducción	9
II.	El concepto de diversidad cultural	12
1.	Breve evolución del tratamiento de los bienes culturales.....	14
1.1.	La noción de cultura y su tratamiento jurídico.....	14
1.2.	Del respeto a los bienes culturales a nuevos conceptos sobre cultura en el ámbito internacional.....	20
2.	La introducción del concepto de <i>diversidad</i> en los textos jurídicos internacionales..	23
3.	El contexto en que surgió la Convención de la Unesco sobre la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005	30
3.1	Influencia de la globalización en el tratamiento internacional de la cultura.....	31
3.2	La mercantilización de los productos y servicios culturales	37
3.3	El tratamiento de la cultura dentro de la OMC y la respuesta internacional.....	39
4.	Diversidad cultural: un nuevo concepto	42
4.1	Diversidad cultural y Bienes culturales.....	45
4.2	La diversidad cultural y su actual aplicación práctica.....	52
III.	Alcance de la Convención de la Unesco de 2005	56
1.	Ámbito de aplicación teórico (y potencial)	56
2.	Relación actual de la Convención de 2005 con otros tratados internacionales	58
2.1.	La Convención de 2005 en el contexto de Derecho Internacional y la OMC.....	59
2.2.	El artículo 20 de la Convención de 2005 y la relación con otros instrumentos internacionales.....	60
IV.	La cuestión del tráfico internacional de bienes culturales.....	67
1.	Planteamiento inicial	67
1.3.	Nacionalismo cultural vs. Internacionalismo cultural.....	68

1.4. Incidencia de la diversidad cultural en las teorías de nacionalismo e internacionalismo cultural.....	86
2. Principales cuestiones derivadas de la circulación internacional de bienes culturales: tráfico lícito e ilícito	94
V. La restitución de bienes culturales objeto de tráfico ilícito.....	100
1. El concepto de bienes culturales en los instrumentos internacionales	102
2. La Convención de la Unesco de 1970	113
2.1. Mecanismos de restitución y alcance de la Convención de 1970	114
2.2. Valoraciones tras más de 40 años de vigencia	116
3. El Convenio de Unidroit de 1995	119
3.1. El porqué del Convenio de Unidroit de 1995.....	119
3.2. Mecanismo de restitución.....	122
4. Las directivas europeas en materia de restitución de bienes culturales.....	129
4.1. La Directiva 93/7/CEE	129
4.2. La Directiva 2014/60/UE	131
VI. Principios de Derecho Internacional	140
1. Hacia unos principios consuetudinarios en materia de bienes culturales	140
2. ¿En qué contribuye el concepto de Diversidad Cultural?.....	146
3. ¿Es posible acabar con el tráfico ilícito de bienes culturales?.....	151
VII. Conclusiones	152
VIII. Bibliografía	155
IX. Webgrafía	164

Resumen

El presente trabajo trata de abordar un estudio integral del concepto de *diversidad cultural* y analizar la posible influencia de este principio de Derecho internacional sobre los instrumentos jurídicos que regulan los mecanismos de restitución de bienes culturales. Para ello, se estudia en detalle el proceso de gestación de la Convención de la Unesco sobre Diversidad Cultural de 2005, con la finalidad de entender, de una manera sistemática en el conjunto de tratados internacionales que tratan la cultura en la esfera mundial, el significado real y potencial de este principio. A su vez, se analizan los mecanismos de restitución de los vigentes instrumentos sobre la materia, con el objetivo de entender su alcance y funcionamiento y, así, comprender el impacto del concepto de *diversidad* sobre las nuevas líneas de trabajo en materia de restitución y tratamiento de los bienes culturales en el ámbito internacional. En particular, se trata de demostrar que el concepto de *diversidad cultural* puede ayudar a luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales mediante una aplicación expansiva de estos instrumentos, especialmente importantes en un contexto de comercialización y destrucción sistemática de patrimonio cultural en países afectados por enfrentamientos y conflictos de diversa naturaleza.

Palabras clave: Diversidad cultural, tráfico ilícito de bienes culturales, mecanismos de restitución, Convención de la Unesco de 2005 y 1970, Convenio Unidrot, Directiva 2014/60/UE.

Abstract

This paper tries to approach a complete study of the concept of cultural diversity and to analyse the possible influence of this principle of International Law onto the legal instruments that regulate the restitution mechanisms of cultural goods. For that, we study in detail the process of preparation of the Unesco Convention on Cultural Diversity of 2005, with the purpose of understanding, in a systematic way onto the ensemble of international treaties that deal with culture in the Mundial sphere, the real and potential meaning of this principle. In turn, we analyse the mechanisms of restitution of the enacted instruments on this matter, with the aim of understanding their scope and functioning and, thus, comprehending the impact of the concept of diversity on the new lines of work in the restitution and the treatment of cultural goods in the international realm. Particularly, we try to demonstrate that the concept of cultural diversity can help to fight against the illicit traffic of cultural goods through an extensive application of these instruments, especially important in a context of systematic commercialization and destruction of the cultural heritage in countries affected by several conflicts of different nature.

Key Words: Cultural diversity, illicit traffic of cultural goods, restitution mechanisms, Unesco Convention of 2005 and 1970, Unidroit Convention, Directive 2014/60/UE.

Abreviaturas

BIC: Bienes de Interés Cultural

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CU: Convenio de Unidroit

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas

GATS: Acuerdo General de Comercio de Servicios (por sus siglas en inglés)

GATT: Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y de Comercio (por sus siglas en inglés)

LPHE: Ley de Patrimonio Histórico Español

OMC: Organización Mundial del Comercio

PHE: Patrimonio Histórico Español

TCE: Tratado de las Comunidades Europeas

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

I. Introducción

La Convención de la Unesco sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 2005, ha dado carta de naturaleza al concepto de *diversidad cultural*. Aunque las menciones a la idea de *diversidad* venían de lejos, la transcendencia de este texto reside en haber sido el primer tratado internacional con fuerza vinculante que se centra en el tratamiento de este concepto de una forma global y omnicomprendensiva. Se presenta así la *diversidad* como una faceta de la realidad cultural, tomando en cuenta la complejidad de ramificaciones e interconexiones que el término plantea y tiene con otros muchos aspectos de la cultura como fenómeno social colectivo. A través de este texto se ha querido dejar patente la íntima conexión de la *cultura* con la identidad de los colectivos, donde la *diversidad* presupone la existencia de unas relaciones entre pueblos y naciones en igualdad de condiciones y con la exigencia de un respeto recíproco, para que esa cultura fluya de forma natural y la riqueza de las diferencias construya el inmenso mosaico de la variedad de cada grupo.

No obstante, hay que tener en cuenta que la Convención de la Unesco, aún centrándose en el tratamiento de la *diversidad*, ha acotado su campo de actuación a las «expresiones culturales», concepto que el propio texto define como «las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural». Estas expresiones se encauzan a través de las «actividades, bienes y servicios culturales», que «se refieren a las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener. Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o contribuir a la producción de bienes y servicios culturales» (arts. 4.4 y 4.5 de la Convención de 2005). Esto pone en evidencia que la finalidad de la Convención es abordar el tratamiento de la *diversidad* desde una perspectiva más tangible, por cuanto se encuentra representada en esas actividades, productos y servicios que sirven de vehículo a las expresiones culturales como tal.

Este planteamiento constituye uno de los ejes centrales de este instrumento y lo diferencia de la Declaración Universal de la Diversidad Cultural elaborada también en el seno de la Unesco en 2001. El objetivo de esta Declaración sí era el tratamiento de la *diversidad* como tal, esto es, como factor cultural, en sus múltiples facetas y con sus conexiones directas con otros tantos elementos de la realidad política, económica y social. Sin embargo, este texto carece de la fuerza vinculante que posee la Convención, y aunque crea un marco de referencia ideológico y contextual para la interpretación del concepto, no genera obligaciones directas en la esfera internacional.

El salto del tratamiento de la *diversidad* en la Declaración hasta la concreción del ámbito de aplicación que se produjo en la Convención de 2005 obedece a la necesidad de dar respuesta a un debate que, aunque no nuevo, sí estaba cobrando suma actualidad en el momento de la gestación del texto. Se trata de la siempre difícil relación entre cultura y comercio. En efecto, el tratamiento que debían recibir los bienes y servicios culturales estaba en el punto de mira en el seno de las negociaciones de la Ronda de Uruguay, en la Organización Mundial del Comercio, concluida en 1993¹. Las disposiciones sobre la liberalización del mercado internacional contenidas en los acuerdos GATT y GATS no preveían un régimen especial proteccionista para esta clase de productos y servicios más que por vía de un sistema de excepciones. Estas excepciones debían justificarse en motivos de necesidad para el país que las adoptase, y ser aplicadas con carácter temporal y transitorio (10 años), hasta su eliminación progresiva, lo que ayudaría a la homogeneización del mercado. El carácter excepcional de estas restricciones unido a los mecanismos internos de estos acuerdos sobre el trato de la nación más favorecida y el trato nacional repercutía en una creciente liberalización del comercio que afectaba a todo tipo de bienes y actividades.

En la Ronda de Uruguay, no obstante, se puso de manifiesto que no todos los países compartían esta visión en torno al tratamiento de los productos y servicios culturales. Algunos Estados entendían que por razón de su especial contenido, éstos debían ser abordados de otra manera, más proteccionista de las manifestaciones propias, de forma que no quedasen exclusivamente a merced de las reglas del mercado. En este contexto se gestaron los conceptos de *excepción cultural*, noción auspiciada por Canadá principalmente, y de *especificidad cultural*, idea defendida por la UE², como postulados ideológicos en los que sustentar políticas proteccionistas en el tratamiento comercial internacional de los bienes y servicios culturales. Aunque ninguna de estas ideas fue reflejada en los acuerdos de la OMC por escrito, la actitud de ciertos países al respecto manifestaba su intención de no ceder en sus posturas.

Cuando el tiempo de duración de las excepciones marcadas por los Estados estaba a punto de expirar, se inició una nueva ronda de negociaciones en Doha con el deseo de volver a poner sobre la mesa estas cuestiones que habían quedado sin resolver desde 1993³. En este momento quedó patente que el poder combativo de los principios de la *excepción cultural*⁴ o la *especificidad cultural*⁵, como posición más conceptual e ideológica que jurídica, carecían de la fuerza suficiente para garantizar que los bienes y

¹ MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 12; BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 61.

² BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 64; PRIETO DE PEDRO, J. *Excepción y diversidad cultural*, Fundación alternativas 2005, 54; PETIT, M., «La Convención de la Unesco sobre diversidad cultural: ¿un tratado que llega demasiado tarde?». *Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya* 2006, nº 23-24, 188.

³ BARREIRO CARRIL, B. *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 74.

⁴ MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 14.

⁵ PRIETO DE PEDRO, J. *Excepción y diversidad cultural*, Fundación alternativas 2005, 54.

servicios culturales podrían quedar sometidos a un régimen especial de salvaguardia que los sustrajera de las reglas generales del mercado. La cuestión volvía a quedar sobre la mesa y hallar un mecanismo con suficiente fundamento para articular los compromisos asumidos en el seno de la OMC con la necesidad de amparar las expresiones culturales se comenzaba a sentir como una urgencia en la comunidad internacional.

Es en este contexto donde se elabora la noción de *diversidad cultural*. El concepto aportaba un conjunto de ideas en torno a la cultura concebida como un todo, que presentaba multitud de conexiones con otros principios de Derecho internacional ya consolidados como el de identidad, los Derechos Humanos, la soberanía de las naciones y la libre determinación. La *diversidad* contribuía a dar sentido a todos estos principios pero proyectados sobre la esfera cultural de los Estados, de modo que se extendía y afectaba a las políticas públicas, a las relaciones entre naciones, a la cooperación internacional, a la identidad cultural de los pueblos y al fenómeno del comercio internacional, aspecto en el que parecía desplegar su mayor potencialidad, en un entorno de creciente globalización como el actual⁶. Algún autor señala que, un poco de forma inesperada para lo que parecía en principio una máxima con escasa consistencia, la *diversidad* llegó a adquirir en un período vertiginoso el estatus de principio de Derecho internacional⁷.

El paso de la elaboración ideológica a la consagración del concepto se produjo con la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2001, y el salto cualitativo con su consolidación sustantiva en la Convención de 2005. La concreción del ámbito de aplicación de este texto a la «diversidad de las expresiones culturales» y no a la diversidad como tal pretendía dotar a este principio de una faceta más tangible y real, fuera de las simples elucubraciones teóricas o de los fundamentos puramente ideológicos que, como sabemos, suelen desencadenar dificultades de aplicación y una más fácil oposición a su efectividad. Además, si el tratamiento de los bienes y servicios culturales estaba en ese preciso instante en el punto de mira de los debates internacionales con respecto a la liberalización de los mercados, la aparición de la Convención parecía querer ofrecer una respuesta tendente a la salvaguardia de estos productos y servicios.

Ahora bien, la entrada en escena de la Convención de 2005 desencadenó una serie de consecuencias que iban mucho más allá de ofrecer una solución de equilibrio al binomio cultura-comercio. El concepto de *diversidad cultural* se presentaba como un punto central en la construcción de una compleja red de ideas y principios entorno a la *cultura*

⁶ RODRÍGUEZ BARBA, F., «La importancia de la *Convención sobre la la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* de la Unesco y su impacto en las políticas culturales mexicanas». *Revista CONfines* 2009, nº 5/9, 23; VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 197 y ss.

⁷ MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 13; PETIT, M., «La Convención de la Unesco sobre diversidad cultural: ¿un tratado que llega demasiado tarde?». *Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya* 2006, nº 23-24, 194.

como factor de cambio, como motor de transformación social a nivel internacional. La *diversidad* parecía tener la característica de un engranaje perfecto para desarrollar y articular las relaciones entre Estados en el contexto de la globalización, sin perder de vista la inercia que el mercado genera, pero con las miras puestas en la prioridad de proteger y promover las expresiones culturales en que la diversidad se sustancia. Al poco tiempo de haber entrado en vigor la Convención de 2005, el término ya se había extendido considerablemente y los primeros efectos se hicieron notar, especialmente en la adopción de medidas directas para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, pero con apoyo en la idea de diversidad. La diversidad, servía no sólo para reforzar y dar coherencia y cohesión a muchos de los instrumentos internacionales promulgados con anterioridad, sino para generar nuevas ideas y relaciones en la esfera internacional.

Precisamente, este estudio pretende analizar la posible influencia de la *diversidad cultural* en un aspecto muy concreto de la esfera cultural, el tráfico ilícito de *bienes culturales*. Estos bienes entran dentro del ámbito de aplicación de la Convención de 2005 en cuanto expresiones culturales; pero las cuestiones relativas a su restitución se encuentran reguladas por instrumentos previos a la entrada en vigor de la Convención. Cabe decir que *a priori* estos textos no presentan un ámbito de aplicación ajeno ni potencialmente opuesto al de la Convención de 2005; muy al contrario, el poder expansivo de la *diversidad* puede ayudar a perfilar mejor su ámbito de aplicación correspondiente. Por ello, uno de los puntos de especial interés será la definición de *bienes culturales* contenida en estos acuerdos, a fin de analizar cómo habrá de ser interpretada a la luz de la *diversidad cultural*. Por otro lado, considero oportuno hacer un análisis de los mecanismos de restitución establecidos en todos ellos, con la finalidad de entender cómo se ha enfocado hasta el momento esta cuestión por los distintos instrumentos que, lejos de consideraciones comerciales, tenían muy presente la importancia cultural de los bienes para los países de origen. Desde este punto de vista, y dada la conexión de la *diversidad* con los principios de identidad cultural de los pueblos y de soberanía, es posible plantearse si estos mecanismos siguen ofreciendo a día de hoy una respuesta suficiente para el estado actual de las ideas sobre la cultura o si, por el contrario, despliegan unos efectos escasos habida cuenta de los cambios introducidos en la esfera internacional, particularmente por el influjo de la noción de *diversidad cultural*.

Por último, analizaremos el concepto de *diversidad* como noción capaz de generar nuevos principios de Derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con la regulación de los *bienes culturales* y los procedimientos de restitución en los casos de tráfico ilícito.

II. El concepto de diversidad cultural

La progresiva introducción del término cultura en los textos jurídicos siempre ha ido a la par de la propia evolución del concepto cultura. Esta materia representa una de esas esferas de la realidad cuyo acotamiento le viene impuesto al Derecho desde otras ramas de estudio, de modo que la determinación o concreción a que se llegue desde la

especialidad propia va a condicionar en gran medida el alcance y versatilidad que el término pueda tener atribuido en la esfera jurídica. En este sentido, es necesario advertir que todos los matices y acepciones que se le asignan desde el campo del derecho al concepto cultura han sido ya previamente aplicados al término por la antropología.

En efecto, el derecho no ha sido ajeno al fenómeno cultural, si bien no había enfocado la cuestión desde una perspectiva global, en gran medida por falta de un sustrato teórico adecuado que hubiese dado suficiente desarrollo al término cultura y su alcance. En la evolución y fortalecimiento de esta relación dual derecho-cultura no sólo es relevante el progreso que se puede advertir en cada una de las legislaciones nacionales, a medida en que iban incorporando esta realidad en sus textos; sino, especialmente el alcance que llega a tener en la esfera internacional, máxime tratándose de una materia tan voluble, tan unida a la identidad y herencia colectiva de las sociedades como es la cultura.

Este panorama normativo se completa con la presencia de numerosos acuerdos y tratados internacionales que toman la cultura como eje principal e impulsor de sus disposiciones. A este respecto cabe destacar el trabajo desarrollado por la Unesco, cuya labor va mucho más allá de tratar de armonizar las distintas legislaciones nacionales en torno a un tema cultural particular, sino que muchas veces busca cuestionar el origen de los conflictos para hallar una solución de raíz en aras de la integridad cultural. Esta pretensión resulta en ocasiones excesiva a la luz de los diferentes márgenes de concesión (muchas veces escasos) que los Estados están dispuestos a otorgar, pero representa una síntesis, un planteamiento de la cuestión y una voluntad de cambio a mejor que, cuando menos, se concreta en loables declaraciones de intenciones que progresivamente van calando en el sentir colectivo y en el entramado de actividad política de los Estados.

Así pues, el trabajo de la Unesco sirve principalmente para contribuir a la toma de consciencia internacional del valor de la cultura y la educación como dos de los ejes motores de la construcción de la humanidad, lo que llega a veces a materializarse en la elaboración de acuerdos internacionales con valor vinculante y en la creación de nuevos conceptos culturales determinantes para el devenir de los Estados. Pero incluso en los casos en que esto no sucede, la generación de un clima de reflexión que exponga y analice los factores concurrentes en la materia ayuda a cambiar las perspectivas y a cuestionarse el fin último de una determinada actuación desde la óptica de la cultura, sea local, nacional o internacional.

En este contexto, la irrupción de nuevos conceptos como el *patrimonio cultural inmaterial* o la *diversidad cultural* requieren un tiempo de asimilación antes de generar consecuencias legislativas, pero suponen por sí mismos un salto cualitativo en el panorama de las realidades legíslables y pueden desencadenar una revisión constructiva del statu quo existente.

Antes de analizar sus posibles implicaciones es obligado hacer referencia a la consideración de los bienes culturales desde una perspectiva jurídica.

1. Breve evolución del tratamiento de los bienes culturales

Como punto de partida debemos advertir que una de las principales dificultades en el tratamiento de los bienes culturales a lo largo de la historia ha sido, precisamente, el propio concepto de bien cultural. Resulta evidente que la propia evolución del término, su construcción ideológica, la definición del concepto de cultura y su proyección sobre esta clase de bienes, la atribución de un valor hasta cierto punto simbólico, superior al meramente material, y la asunción de estas premisas como algo natural y convencional han determinado en gran medida el discurrir de este proceso evolutivo. En efecto, el concepto de bien cultural como tal es una construcción muy reciente⁸, si bien el recurso a una idea similar referida a un conjunto de objetos y bienes de valor superior ya se empleaba con anterioridad. Nos referimos al término patrimonio cultural, presente en varias convenciones e instrumentos ya desde el siglo XIX.

1.1. La noción de cultura y su tratamiento jurídico

No obstante, conviene tener presente a este respecto que la elaboración de cualquiera de estos conceptos ha ido, como es lógico, de la mano de la propia construcción doctrinal de la noción de cultura. El despertar de los estudios de antropología, que hicieron en su momento un meritorio esfuerzo por definir su materia de estudio y por darle la proyección humana y social que le correspondía, no se produce hasta finales del s. XIX⁹. Este auge fue motivado en gran medida por los antecedentes históricos derivados del pensamiento de la Ilustración¹⁰ y la proliferación de teorías humanistas que supieron poner en valor principios hoy incuestionables como la igualdad del hombre, la libertad, su capacidad de ser sujeto de derechos y su integración social. En este contexto, no obstante, la idea de cultura obedecía más a una aplicación metafórica del *cultivo* y el arte de cultivar (origen etimológico del vocablo) sobre el espíritu y el intelecto humanos, de forma que era cultura todo aquello creado y producido por el hombre como fruto de su ingenio y capacidad intelectual¹¹. La evolución antropológica posterior de

⁸ La primera vez que se emplea este término es en la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (en adelante Convención de La Haya de 1954). BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960, páginas 16189 a 16194 (BOE-A-1960-17562). Vid. SAN MARTÍN CALVO, M., *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de derecho internacional*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2014, 143. Texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 19/07/2015].

⁹ PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y constitución*, Madrid: Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales 1993, 28.

¹⁰ PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y constitución*, Madrid: Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales 1993, 26.

¹¹ DÍAZ DE RADA, A., *Cultura, antropología y otras tonterías*. Madrid: editorial Trotta 2010, 28, señala que del acto del *cultivo* del intelecto, se pasó a identificar la cultura con la propia cosa creada, en un efecto de «cosificación» del objeto. VELASCO MAÍLLO, H. M., «La cultura, noción moderna». *Patrimonio cultural y Derecho* 2006, nº 10, 20-23, explica, además, que en la evolución del uso del término *cultura* se aprecia un desplazamiento semántico progresivo entre los siglos XVII y XIX que va, en primer lugar, en el sentido de aplicar este concepto a las prácticas y habilidades del ser humano fruto de su ingenio e intelecto, a la sustanciación o cosificación de esas capacidades en los objetos o creaciones resultantes (las obras de arte, libros, pinturas, esculturas, etc.); y, en segundo lugar, de la identificación de

este término extendió su interpretación a otros aspectos centrados en la interacción humana, la construcción de vínculos sociales y la atribución de valor simbólico a conductas y prácticas compartidas por los colectivos de individuos (idea de *convención*¹²). Hablamos en estos casos de una noción de cultura más intangible y etérea, más intrínseca al hombre y a su vida en sociedad, cuyo alcance y proyección sigue siendo a día de hoy un inagotable objeto de estudio¹³. De esta «moderna» (por no decir casi contemporánea) concepción de la cultura se derivan algunos principios hoy indubitados sobre la existencia de vínculos, modos y conductas comunes a los colectivos humanos que los dotan de identidad propia y que los distinguen de los demás, no por el hecho de compartir relaciones y prácticas, fenómeno idéntico en todas las sociedades o grupos, sino por el valor identitario de compartir precisamente esas costumbres, usos y símbolos, y no otros¹⁴.

Sin ánimo de profundizar en esta materia cuyo campo de trabajo escapa a nuestras pretensiones, la evolución sintetizada en las líneas previas nos permite advertir a día de hoy dos nociones atribuidas al término cultura (y sus derivados) en los actuales textos jurídicos. Encontramos en diversos instrumentos normativos, convenciones y declaraciones el empleo del concepto cultura con una doble vertiente: por un lado, cultura en el sentido de creación del ingenio e intelecto humanos, normalmente identificada con las obras de arte, y por otro, cultura como manifestación de la faceta social y socializadora del hombre y de su capacidad de generar vínculos y relaciones cargados de valor y significado¹⁵. La primera idea obedece más a una concepción ilustrada de la cultura, época en la que el deseo de hacer acopio de saber y conocimiento llevó a ensalzar las virtudes creadoras del hombre y a comenzar a valorar especialmente aquellas producciones que manifestaban una inteligencia destacada, una maestría

la cultura como el producto de una capacidad individual, a su tratamiento desde una perspectiva social y colectiva, aspecto, este último, en el que las teorías antropológicas han sido determinantes.

¹² DÍAZ DE RADA, A., *Cultura, antropología y otras tonterías*. Madrid: editorial Trotta 2010, 43.

¹³ Como indica VELASCO MAÍLLO, H. M., «La cultura, noción moderna». *Patrimonio cultural y Derecho* 2006, nº 10, 27, estamos ante un término complejo en el que «los significados del concepto de cultura están en permanente deslizamiento». En la evolución semántica de esta realidad se advierte un progresivo retorno al individuo como sujeto social, al tiempo en que se tomaba conciencia de los modos en que se producen y generan las relaciones humanas y se sedimentan las costumbres y los modos de interacción. Este fue en parte el motivo de que se redirigiese el uso de esta palabra hacia la «cultura popular», esto es, la producida por los individuos en su vida en común, lejos de la distinción y el refinamiento al que se había reducido su concepción. En este contexto concreto surge el uso del término *folklore*, noción en gran parte revestida de una connotación de simplicidad, porque se entendía algo propio de la «cultura primitiva» (término usado por Tylor en el S. XIX, citado por VELASCO MAÍLLO, H. M., «La cultura, noción moderna». *Patrimonio cultural y Derecho* 2006, nº 10, 24).

¹⁴ El siguiente estadio evolutivo que nos sitúa prácticamente ya en nuestros días, es el que transcurre la identificación de la *cultura* casi como sinónimo de *civilización*, y nos permite hablar de *culturas* en plural. Este cambio conceptual, producto de la labor directa de la Antropología, «permitía a la vez salvar la unidad psíquica de la especie humana y la especificidad de cada uno de esos modos de vida que aparecían con él como un todo integrado» (VELASCO MAÍLLO, H. M., «La cultura, noción moderna». *Patrimonio cultural y Derecho* 2006, nº 10, 25). Como consecuencia, los textos emanados de la UNESCO, institución paradigmática en la misión de salvaguardia cultural, dejan traslucir esta identificación que hoy existe entre identidad y diversidad cultural (VELASCO MAÍLLO, H. M., «La cultura, noción moderna». *Patrimonio cultural y Derecho* 2006, nº 10, 26).

¹⁵ PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y constitución*, Madrid: Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales 1993, 36.

creadora única e inimitable. Esta idea, no obstante, responde a un período en que los estudios antropológicos no habían aún definido plenamente su campo de trabajo y, por tanto, representa una noción restricta de cultura que no se corresponde con el alcance real que hoy debe atribuírsele al término. La otra vertiente a la que nos referíamos sí recoge, en cambio, esta concepción antropológica que define la cultura como el producto de un fenómeno humano. Esta última noción es sin duda más reciente, más acorde con las doctrinas antropológicas y con las líneas de pensamiento que hoy se abren paso en distintas disciplinas, incluida la esfera jurídica.

Como decíamos, encontramos el término cultura o cultural con un doble uso en diversos instrumentos normativos. Quizás la noción más extendida es aquella que hace referencia a objetos y bienes tangibles, porque la existencia de un elemento real, físico, susceptible de derechos, públicos o privados, exige una normativa que regule estas situaciones. Por el contrario, la cultura como manifestación social del colectivo se sustancia en algo inmaterial cuya capacidad de generar derechos y obligaciones requiere ir un paso más allá en las concepciones jurídicas del fenómeno. A pesar de ello, en la actualidad la consideración de la cultura como factor regulable se ha convertido en una realidad, y aún está por determinar en gran medida cuál vaya a ser su alcance en términos jurídicos¹⁶.

Para poner un ejemplo de ambas acepciones podemos acudir a la Constitución Española de 1978. El artículo 44.1 de la Carta Magna, dentro del capítulo III del Título I que lleva por rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica», establece que «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho». Por su parte, como ejemplo de ámbito supranacional, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su artículo 22 que toda persona tiene derecho a «la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad», y el 27.1 que «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten»¹⁷. En este contexto, las menciones a la cultura se refieren

¹⁶ PRIETO DE PEDRO, J. (2009), «El Derecho de la Cultura», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VIII: Los sectores regulados, Vol. II, Madrid: Iustel, 265, señala que «El Derecho de la Cultura es una construcción doctrinal que propugna un enfoque global e integrado de todos los procesos legislativos que tienen que ver con la cultura, cada vez más amplios y más intensos».

¹⁷ Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 (Vid. texto íntegro en http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml [consultada el 18/01/2015]). Si bien la Declaración posee un valor indicativo y no obligatorio *per se*, constituye el germen de los posteriores Pactos de Derechos Humanos adoptados por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, dos tratados internacionales esta vez sí con fuerza vinculante: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos ratificados por España el 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343 (BOE-A-1977-10733)).

El segundo de estos pactos habla en su preámbulo de la necesidad de garantizar al individuo el ejercicio de sus derechos sociales, económicos y culturales para que pueda realizarse «el ideal del ser humano libre». Además, su artículo 1.1 dispone que «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo

a una noción más antropológica del fenómeno, a esa esfera social del individuo que se produce y enriquece con la interacción humana, de modo que se hace necesaria una determinada situación de amparo, protección y libertad para que la cultura se genere libremente entre los individuos del colectivo. En numerosas ocasiones el reconocimiento de un derecho de acceso a la cultura no implica sino la garantía de una situación de estabilidad en que los poderes públicos han de asegurar el ejercicio de la libertad del individuo, libertad imprescindible para que la interacción social creadora de cultura tenga lugar.

Por otro lado, está el recurso al término cultura (bienes o patrimonio cultural) en un sentido más restringido como sinónimo de creaciones intelectuales y obras de arte. La CE es su artículo 46, inciso primero, dispone que «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad». Por lo que respecta a ejemplos de derecho internacional, numerosas convenciones y tratados emplean la expresión patrimonio cultural o bienes culturales, si bien cabe destacar la mención contenida en el artículo I.2.c) de la Constitución de la Unesco de 1945¹⁸, donde se declara que para el cumplimiento de los fines de esta organización, la Unesco

c) Ayudará a la conservación, al progreso y a la difusión del saber: Velando por la conservación y la protección del patrimonio universal de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico, y recomendando a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin; Alentando la cooperación entre las naciones en todas las ramas de la actividad intelectual y el intercambio internacional de representantes de la educación, de la ciencia y de la cultura, así como de publicaciones, obras de arte, material de laboratorio y cualquier documentación útil al respecto; Facilitando, mediante métodos adecuados de cooperación internacional, el acceso de todos los pueblos a lo que cada uno de ellos publique.

económico, social y cultural» y el artículo 15.1.a) que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural» (disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734 [consultada el 18/01/2015]).

Por su parte, el PIDCP, dispone en su artículo 27 que «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma» (disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733 [consultada el 18/01/2015]). El contenido de este pacto reitera las ideas expuestas en la declaración y emplea en los preceptos citados una noción de cultura igualmente más antropológica.

¹⁸ La Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura se aprobó en Londres el 16 de noviembre de 1945 (texto íntegro disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 18/01/2015]). Esta constitución fue adoptada en su momento por 20 Estados. No hay que olvidar a este respecto que la constitución de la Unesco se produce justo después del fin de la II Guerra Mundial, en un clima de tensión política que justifica el retraso en el ingreso de algunos Estados, entre ellos España, que se incorpora en 1953 (Vid. historia oficial de la institución: <http://www.unesco.org/new/es/unesco/about-us/who-we-are/history/> [consultada el 18/01/2015]).

Aunque el texto contiene numerosas menciones del término cultura y culturas, que desvelan sin lugar a dudas una intencionalidad antropológica y constructiva para el individuo, como corresponde al espíritu de esta institución, en otros puntos la aparición del concepto hace referencia a la noción restringida de cultura, esto es, aquella que se identifica con elemento materiales fruto de la creación humana, piezas de artes, y producción intelectual y científica.

A la luz del somero análisis realizado en cuanto al empleo del término cultura por diversos instrumentos normativos, creo que es adecuado hacer una interpretación teleológica del concepto que permita el acomodo de los textos a una visión más ajustada a la doctrina antropológica, que no niega, claro está, el valor de creación intelectual de estas manifestaciones y objetos. En este sentido, podría entenderse que estos bienes son obra del hombre, fruto de su ingenio y capacidad intelectual, revestidos de un valor artístico y cultural que los hace destacar respecto de otras producciones humanas. Y esto es así porque, más allá de su apreciación meramente tangible, suponen una representación material, cosificada, sustanciada en un objeto real y físico, de todo el acervo cultural que motiva, de forma muchas veces inconsciente, su forma y razón de ser. Sin lugar a dudas, las obras de arte y los bienes culturales se construyen sobre la base de un determinado sustrato de conocimientos, referentes del momento y elementos del contexto particular de su creador. Por mucho que su valor resulte atemporal o se consideren piezas universales en tiempo y lugar, estas obras son hijas de su entorno concreto, y en este sentido son portadoras de los elementos propios de la cultura en la que se concibieron, gestaron y elaboraron. ¿Habría «Majas» fuera de España? ¿Se construyeron pirámides fuera de Egipto? La respuesta es evidente.

Otra de las ventajas de seguir una interpretación como ésta es que se evitan dicotomías sobre el tratamiento conceptual de estos bienes por los distintos instrumentos que los contemplan. Una regulación aplicable a bienes físicos, con transcendencia cultural, no niega que sean objetos de derecho, susceptibles de propiedad privada, por ejemplo; pero al mismo tiempo tiene presente su importancia superior, su valor simbólico añadido al meramente material del bien mismo.

El progresivo reconocimiento de un valor trascendente en las manifestaciones culturales se fue consolidando en diferentes textos internacionales en los que se plasmaron las primeras ideas que luego dieron lugar a Convenciones y Tratados sobre el tema. Este proceso paulatino supone un salto cualitativo sobre el modo en que la cultura, y de forma más concreta, los bienes culturales, son considerados desde el punto de vista jurídico. La asunción en la esfera mundial y en el imaginario colectivo de que estos bienes son portadores de unos valores superiores e intangibles, y de que en su materialización se ha sustanciado todo el acervo cultural del colectivo en que se han creado, es hoy una afirmación incuestionable. Llegar a este punto, tan reciente en el tiempo si lo analizamos con perspectiva, supuso pasar por un estadio intermedio que implicaba necesariamente entender la cultura como un fenómeno social y como un factor intrínseco al individuo, cuyo potencial de cambio debía ser estimado con el mismo nivel de interés y atención que la política y la economía habían merecido hasta el

momento. La cultura se convierte así en un elemento determinante y clave en las relaciones internacionales y en el desarrollo de políticas multilaterales.

La Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales celebrada en México el 6 de agosto de 1982 (MONDIACULT), promovida por la Unesco, es la primera de una serie de reuniones que tratan de abordar cuestiones claves sobre la realidad cultural internacional. El resultado de esta conferencia fue la conocida Declaración de México de 1982¹⁹, en la que se afirma:

La cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

En esta declaración se atribuye a la cultura un valor identitario para el colectivo que la produce, y no deja lugar a dudas sobre su vertiente inmaterial, que va más allá de los meros objetos que el hombre pueda crear. Esta idea de transcendencia se reafirma en el siguiente inciso de la Declaración, según el cual:

La cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden.

Estos postulados acerca de la cultura como factor social, si bien no son por completo novedosos²⁰, suponen, sin embargo, un paso sin retorno sobre la inclusión casi sistemática de la cultura en los debates internacionales. La toma de conciencia del potencial de este factor, del que todos los seres humanos participamos, llevó consigo la necesidad de incorporar la cultura en las discusiones de políticas internacionales y en la

¹⁹ Texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801/mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf [consultada el 21/07/2015].

²⁰ Como explica BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 107, la Declaración de los Principios de Cooperación Cultural de 1966, elaborada en el seno de la Unesco, trataba de constituirse como un «código ético en relación con la cooperación cultural internacional», y esto implicaba reconocer como punto de partida el valor de la cultura de cada nación o colectivo. Recordemos que el contexto en que se gestó esta declaración estaba marcado por el influjo de la Guerra Fría y por el proceso de descolonización, donde el reconocimiento de la cultura de los pueblos colonizados, tras su independencia, se convirtió en uno de los mayores y más potentes estandartes de reivindicación identitaria y de legitimación de su soberanía recuperada. Por este motivo la Declaración consagra en su artículo primero los tres principios más importantes: «1. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos. 2. Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura. 3. En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad». Texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 21/07/2015].

esfera en la que se tomaban decisiones de trascendencia para la marcha mundial. A pesar de ello, en ocasiones, el recurso a este elemento sirvió para deturpar el fin genuinamente pretendido con su consideración²¹, motivo por el cual el devenir de los hechos posteriores y el riesgo de desviarse del objetivo de salvaguardia y respeto que se buscaba motivó el surgimiento y la consolidación de nuevos conceptos de derecho internacional que reencauzasen el camino de las negociaciones multilaterales. Entre las líneas de trabajo posteriores destaca la implicación del factor cultural dentro del concepto de *desarrollo* y *desarrollo sostenible*, así como la *diversidad cultural*, como trataremos más adelante.

1.2. Del respeto a los bienes culturales a nuevos conceptos sobre cultura en el ámbito internacional

Como decíamos al inicio de este apartado, la evolución del tratamiento de los bienes culturales ha ido paralela a la propia evolución de su concepto y la aceptación actual de su valor transcendente. Al igual que ha sucedido con la noción de cultura y su elaboración doctrinal, los planteamientos en torno a la consideración de los bienes culturales como objetos merecedores de una protección especial han experimentado también un largo proceso de construcción, asunción y expansión ideológica. En este camino evolutivo han tenido una gran transcendencia los tratados internacionales y también las normas internas que abordaban la regulación de diversos aspectos jurídicos en los que los bienes culturales eran el eje temático. El primer paso en este proceso con repercusión internacional puede identificarse con los textos que instauran medidas de protección de estos bienes. Tales disposiciones ponen de manifiesto dos aspectos: primero, la importancia que se les reconoce, de forma abierta y global, a esos bienes y, segundo, la toma de consciencia de que se ha de respetar su integridad con pautas de conservación y mantenimiento.

En efecto, aunque los primeros alegatos a favor del respeto de las obras de arte fueron defendidos por algunos pensadores desde la Edad Media²², hay que esperar a épocas mucho más recientes para hallar un cambio de postura en su tratamiento de una forma

²¹ Como aclara BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 110, el papel atribuido *de facto* a la cooperación cultural en estos primeros años en que se acuñó el término (desde la Declaración de 1966), intrínsecamente vinculado a una máxima de Derecho Internacional como es el principio de no injerencia en los asuntos de otro Estado, reportó resultados apartados de la idea pretendida realmente de crear intercambio cultural. «El principio salía así desnaturalizado, pues la prohibición de intervenir en los asuntos internos no es en sí misma contraria o incompatible con el intercambio cultural», señala la autora. En efecto, la cooperación se sustanció más bien en relaciones de respeto y no intervención, y se empleó como excusa para lograr precisamente el efecto contrario de no intercambio.

²² SAN MARTÍN CALVO, M., *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de derecho internacional*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2014, 32, señala a este respecto la tesis expuesta en el s. XVI por Jacques Przluski, humanista polaco que defendía la necesidad de que en tiempos de guerra las obras de arte fuesen respetadas y preservadas por su propio valor artístico y no sólo por motivos religiosos. También menciona a Justin Gentilis que en 1690 afirma que está prohibida la destrucción y la exportación de bienes que no tienen relevancia a los efectos de la guerra.

omnicomprensiva y no fragmentada en función de la categoría de bienes²³. Más allá de las primeras normativas nacionales que consideraban este tipo de bienes bajo la denominación de patrimonio histórico, el salto cualitativo se produce cuando en el ámbito internacional se asume un deber colectivo, compartido y recíproco, de preservar estos bienes.

Las primeras medidas se gestan al calor de las pérdidas irreparables resultantes de varios conflictos bélicos de finales del s. XIX. Aunque con anterioridad contamos con ejemplos puntuales de voces que se alzan en defensa de la conservación de estos bienes y de la necesidad de respetarlos, particularmente críticas tras las campañas napoleónicas y el expolio sistemático de los territorios ocupados para abastecer los museos nacionales franceses; estas opiniones carecían de la fuerza vinculante necesaria para sentar precedente. Es a partir de la elaboración de los primeros textos sobre pautas a observar durante el desarrollo de un enfrentamiento armado, fruto del trabajo de varias naciones, cuando la existencia de una responsabilidad colectiva hacia este patrimonio comienza a tomar forma.

Las disposiciones contenidas en las Instrucciones de 1863 para los ejércitos americanos en campaña de los Estados Unidos, conocidas como Código Lieber²⁴, elaboradas en plena Guerra de Secesión, establecen por primera vez el deber de respetar la integridad de espacios como museos, universidades e iglesias, salvo que exista una necesidad militar prioritaria. A partir de entonces, otros textos posteriores, como la Declaración de Bruselas de 1874²⁵, por la que se puso fin a la guerra franco-prusiana (1870-1871), repiten estos mismos postulados y van añadiendo otros elementos que progresivamente configuran el derecho de la guerra y sus límites. Con esta Declaración de Bruselas se introduce el deber de los pueblos asediados de señalar de forma visible los monumentos vulnerables, para que pudiese evitarse en la medida de lo posible su deterioro o destrucción. Son también importantes los Manuales de Oxford de 1880 y 1913²⁶,

²³ Estipulaciones acerca de la obligación de restitución de archivos documentales, elementos que hoy se estiman claramente bienes culturales, se contenían en el tratado de Paz de Westfalia (1648) y los Tratados de Münster y Osnabrück (1648), y a partir de entonces fue una cláusula de incorporación casi estandarizada en los tratados de paz posteriores (SAN MARTÍN CALVO, M., *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de derecho internacional*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2014, 349). Estas medidas sentaron un precedente de futuro en la resolución de conflictos armados; pero todavía adolecían de una consideración especial hacia este patrimonio documental por su esencia cultural. El interés era más bien político y económico, lo que se pone de manifiesto si pensamos en la cantidad de contratos, acuerdos, convenciones, títulos de propiedad y alianzas que podían formar parte de esos archivos.

²⁴ El texto completo de las «Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field», de 24 de abril de 1863, conocidas como «Código Lieber», está disponible en: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/110?OpenDocument> [consultada el 06/08/2015].

²⁵ El texto completo en su traducción al español del «Proyecto de una declaración internacional concerniente a las leyes y costumbres de la guerra», adoptado en la Conferencia de Bruselas de agosto de 1874, está disponible en: NEGRÍN, I., *Tratado de Derecho Internacional Marítimo*. Madrid: Viuda e Hijos de Abienzo, Impresores, 1888, *apud* VÁSQUEZ BAZÁN, C., «Declaración de Bruselas de 1874 pone en evidencia crímenes chilenos contra la humanidad y otros delitos de guerra de los sureños en el Conflicto del Salitre», en <http://cavb.blogspot.com.es/>, 2012: <http://cavb.blogspot.com.es/2012/09/chile-viola-las-leyes-de-guerra-durante.html> [consultada el 06/08/2015].

²⁶ El Manual de Oxford de 1880 se centra en el Derecho de la guerra en tierra, mientras que el de 1913 trata sobre la guerra naval. El texto completo del Manual of the Laws of War on Land, Oxford, de 9 de

relativos a las Reglas sobre la Guerra Terrestre y las Reglas sobre la Guerra Marítima, respectivamente. Estos textos, elaborados en el seno del Instituto de Derecho Internacional, carecían de valor vinculante para los Estados; pero fueron el principal referente para las Convenciones de La Haya de 1899²⁷ y 1907²⁸, elaboradas durante la Primera y Segunda Conferencias de Paz. La primera de estas convenciones es considerada por los autores el primer tratado internacional vinculante que instaura un deber de protección de los bienes culturales. Sus premisas han contribuido a generar un derecho internacional consuetudinario, pero, especialmente, ha servido para sentar las bases del tratamiento y consideración de los bienes culturales, dentro y fuera de períodos de conflicto.

La vigente Convención de La Haya de 1954 toma gran parte de su contenido de estos textos predecesores y enriquece el panorama proteccionista al establecer un sistema de responsabilidades gubernamentales e individuales por las posibles destrucciones y deterioros resultantes de un enfrentamiento. La necesidad de elaborar un texto nuevo se hizo patente tras los efectos devastadores de la I y II Guerras Mundiales, a pesar de que en aquel momento ya estaban vigentes las convenciones previas y se había configurado un sistema internacional de estipulaciones sobre el derecho de la guerra. La insuficiencia de las disposiciones previas como medidas de salvaguardia y el resultado de las diversas conferencias y pactos gestados en Europa entre 1907 y 1954²⁹ arrojaron como resultado esta Convención de 1954 que hoy vuelve a recuperar actualidad.

La especial transcendencia de este proceso evolutivo no reside únicamente en los avances producidos en la esfera internacional a la hora de asumir compromisos de protección de estos bienes, sino muy particularmente en el cambio de ideología que se deduce de este proceso. Una vez que el escenario de discusión parte de una situación dada en la que los bienes culturales se entienden dignos de salvaguardia por su propia naturaleza, el salto conceptual resulta evidente. Las discusiones se derivan entonces a cuestiones relativas al mayor o menor alcance de ese deber de respeto y conservación o hasta dónde puede extenderse la mencionada excepción de los daños derivados de una necesidad militar. No obstante, los bienes culturales se erigen como una realidad objeto de derecho y se les reconoce un valor superior, transcendente, lejos ya de toda duda.

septiembre de 1880 está disponible en: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/140?OpenDocument> [consultada el 06/08/2015]. Por su parte, el del Manual of the Laws of Naval War, Oxford, de 9 de agosto de 1913, está accesible en: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/265?OpenDocument> [consultada el 06/08/2015].

²⁷ El texto de la «Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land», firmada en La Haya el 29 de julio de 1899 está disponible en: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=CD0F6C83F96FB459C12563CD002D66A1&action=openDocument> [consultada el 06/08/2015].

²⁸ La «Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land» adoptada en La Haya el 18 de octubre de 1907 está disponible en: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=4D47F92DF3966A7EC12563CD002D6788&action=openDocument> [consultada el 06/08/2015].

²⁹ Vid. SAN MARTÍN CALVO, M., *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de derecho internacional*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2014, 151 y ss.

Precisamente el asentamiento de esta realidad, es decir, la asunción global de que los bienes culturales constituían un elemento «legislable» de importancia colectiva es el punto de partida para iniciar un nuevo período evolutivo en el contexto de los conceptos vinculados a la cultura. Medio siglo más tarde de la Convención de La Haya de 1954 se elabora la Convención de la Unesco sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, y poco después se aprueba la Convención de la Unesco sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 2005, antecedida por la Declaración de 2001. En el momento actual de construcción doctrinal de nuevas realidades jurídicas de contenido cultural cabe subrayar el enorme salto producido de forma colectiva al pasar de tratar bienes tangibles (los bienes culturales integrantes de un patrimonio) a tratar valores inmateriales (patrimonio cultural inmaterial, diversidad cultural), con indudable transcendencia para el derecho.

En este contexto particular, se hace imprescindible analizar cuál es el alcance conceptual de estos términos y, sobre todo, cuál es su efecto en relación a las ideas previas que ya están reguladas y asentadas en la comunidad internacional.

2. La introducción del concepto de *diversidad* en los textos jurídicos internacionales

En los párrafos anteriores hemos tenido ocasión de adelantar que dentro del camino evolutivo de la realidad cultural en la esfera jurídica internacional, uno de los conceptos más amplios y novedosos, que han llegado para quedarse, es el de la *diversidad*. No obstante, conviene señalar que esta noción no era por completo ajena a este campo de conocimiento y que en el propio tratamiento de la diversidad se advierte una progresión hasta la consolidación y consagración del término en los textos jurídicos como *diversidad cultural*.

Como bien explica Velasco Maíllo³⁰, el término *diversidad* comenzó a emplearse en la comunidad internacional con diferentes propósitos, en la mayoría de ellos con una finalidad indirecta de combatir la tendencia perjudicial de algunos fenómenos sociales que no parecían hallar fin a pesar de lo paradójico que pueda resultar, visto el tema desde una perspectiva histórica.

Así, la diversidad se usó en un principio para desmontar los presupuestos del racismo, con apoyo también en argumentos médico-científicos que explicaban la no diferencia biológica entre individuos. En este contexto particular, justo en el inicio del proceso de descolonización, y a modo de respuesta a uno de los argumentos que habían servido para legitimar el colonialismo como eran la superioridad de «la raza» y el mayor desarrollo alcanzado, la diversidad sirve para poner de manifiesto que lo que existe es una diferencia de culturas y no de razas y que en la convivencia de todos es como el ser humano puede dejar evolucionar sus costumbres. Varios textos elaborados en el seno de

³⁰ VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 182.

la Unesco desde los años 50 del siglo pasado se hacen eco de esta idea y desarrollan una serie de postulados que inciden en la igualdad de los hombres y la ausencia de diferencias en su naturaleza³¹:

- la Declaración sobre la raza, elaborada en París, en julio de 1950
- la Declaración sobre la naturaleza de la raza y las diferencias raciales, hecha en París en junio de 1951
- las Propuestas sobre los aspectos biológicos de la cuestión racial, firmada en Moscú en agosto de 1964
- la Declaración sobre la raza y los perjuicios raciales, suscrita en París, en septiembre de 1967

En estas declaraciones no se emplea en ningún momento la expresión *diversidad cultural*, pero se alude a esa noción en ciernes sobre una base de construcción biológica³². Recordemos que en este momento la diversidad biológica de especies era ya un concepto asentado científicamente y su aplicación al mundo de las relaciones humanas servía para justificar la inexistencia de las razas, tal y como se habían concebido y tratado hasta el momento, y la aparición en escena de un nuevo término que servía para explicar las diferencias sin negar la igualdad. Los cuatro textos de las declaraciones están impregnados de referencias constantes a nociones científicas que tratan de explicar las diferencias de culturas sobre una base de identidad de la naturaleza de los hombres. No en vano, el punto 9º de la Declaración de 1950 afirma: «Las investigaciones científicas de los últimos años confirman, pues, las palabras de Confucio (551-478 a. J.C.): “La naturaleza de los hombres es idéntica; son sus costumbres las que los separan”».

Esta idea de igualdad en la naturaleza se completa con explicaciones sobre las causas de las diferencias culturales que se advierten entre los colectivos, pero siempre partiendo del principio de que los seres humanos son iguales. La Declaración de Moscú de 1967 dispone en su proposición 3ª: «En cada población humana hay una amplia *diversidad* genética», y en la 9ª: «No se ha demostrado nunca que el mestizaje presente inconvenientes biológicos para la humanidad en general. Por el contrario, contribuye mucho a que se mantengan vínculos biológicos entre grupos humanos y, por lo tanto, a

³¹ El texto completo de las declaraciones, con los textos introductorios «Los aspectos biológicos de la cuestión racial», de Jean Hiernaux, y «Aspectos sociales de la cuestión racial», de Michael Banton, está disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001281/128133so.pdf> [consultada el 25/07/2015].

³² En el texto «Los aspectos biológicos de la cuestión racial», de Jean Hiernaux (UNESCO, *Cuatro declaraciones sobre la cuestión racial*. Rennes: Unesco 1969, 12) el autor señala: «Entre las poblaciones de una misma especie, como son las poblaciones humanas, las diferencias sólo pueden ser secundarias en relación con lo que tienen en común. La gran mayoría de los caracteres hereditarios que varían de una población a otra presentan, en el interior de cada población, una amplia diversidad (o polimorfismo)». Y puntualiza al final de su exposición (UNESCO, *Cuatro declaraciones sobre la cuestión racial*. Rennes: Unesco 1969, 16): «Recordemos que no existe en nuestra especie una raza pura, en el sentido que dan los biólogos a ese término: una población genéticamente homogénea; antes bien, cada población humana presenta una amplia diversidad».

la unidad de la especie humana dentro de su *diversidad*»³³. El conjunto de postulados contenidos en estas declaraciones se completa con la incorporación del factor cultural como elemento determinante de las diferencias de costumbres y prácticas de las comunidades humanas, idea plasmada en el punto 10º de la Declaración de 1950: «Los datos científicos [...] nos enseñan, por el contrario, que estas diferencias se explican, ante todo, por la historia cultural de cada grupo».

Otra de las esferas en las que la diversidad comenzó a ganar protagonismo fue en el tratamiento de la cooperación cultural internacional y su vinculación con el *desarrollo*. Al tiempo que el propio concepto de cooperación internacional hacía su aparición en la escena internacional, su alcance y comprensión parecía intrínsecamente vinculado al de diversidad, pues sólo partiendo de una diversidad preexistente y admitida, se puede dar paso a una cooperación entre culturas. La Declaración de Principios de la Cooperación Cultural, elaborada en el seno de la Unesco en 1966, como ya hemos mencionado antes, recoge en el punto 3 de su artículo 1º que «En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad». En palabras de Velasco Maíllo³⁴

Este texto resume bien las tensiones de significado que se producían en el concepto de «diversidad». En él se encuentra, por un lado, y esta vez con el objetivo de fundamentar la cooperación, el enunciado del principio primario de la diversidad cultural, con el añadido de la valoración de «patrimonio común de la humanidad».

En efecto, si bien en la aplicación de la diversidad que hemos apuntado en los párrafos anteriores el recurso a fundamentos de base científica servían para explicar la igual naturaleza de los seres humanos y justificar las diferencias en cuestiones culturales, en este texto se da un paso más al aplicar la diversidad también a esas mismas diferencias culturales. Lo relevante de este salto conceptual en la noción de diversidad es que se produce de forma casi simultánea, pues si bien las dos primeras declaraciones sobre la cuestión racial son de 1950 y 1951, las últimas son de 1964 y 1967, mientras que la declaración sobre cooperación cultural es de 1966. Esto significa que el concepto de *diversidad* puede emplearse en diferentes contextos y realidades, y que el alcance total de su poder definitorio aún acababa de despertar.

En este momento histórico, en que la eclosión de Estados con una recién recuperada soberanía hallaban en el fenómeno cultural el fundamento perfecto para reivindicar su identidad como nación, las diferencias entre Estados se reencauzaban por la vía del desarrollo y el avance que presentaban unos y otros. Superadas en gran medida las tesis racistas y asumiendo el progresivo asentamiento de la cultura como elemento identitario del colectivo, se ponían de manifiesto las desigualdades desde la óptica del *desarrollo*.

³³ El resaltado es nuestro.

³⁴ VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 187.

Por eso no estaba de más que desde la comunidad internacional se insistiese en el poder de la cultura como vehículo de cohesión identitaria de naciones y de grupos más reducidos, y que se pusiese sobre la mesa la necesidad de abordar los retos que un desarrollo desigual planteaba para la prosperidad de todas las naciones, sobre todo cuando éstas podían ver amenazada su cultura propia. La Declaración de México de 1982 establece en su artículo 10: «La cultura constituye una dimensión fundamental del proceso de desarrollo y contribuye al crecimiento, se ha concebido frecuentemente en términos cuantitativos, sin tomar en cuenta su necesaria dimensión cualitativa, es decir, la satisfacción de las aspiraciones espirituales y culturales del hombre». Por su parte en artículo 11 dispone «Es indispensable humanizar el desarrollo; su fin último es la persona en su dignidad individual y en su responsabilidad social. El desarrollo supone la capacidad de cada individuo y de cada pueblo para informarse, aprender y comunicar sus experiencias» para añadir en el artículo 15 que «Toda política cultural debe rescatar el sentido profundo y humano del desarrollo».

La consideración de que el desarrollo, abordado desde una perspectiva meramente económica y tecnológica, podía suponer una amenaza para el respeto de las culturas de los pueblos hizo que se redefiniesen los indicadores de dicho desarrollo y que cualquier evolución o progreso debiera acometerse desde una perspectiva humanista donde el hombre fuera su fin principal. La cultura entra entonces a cumplir el papel de ser un indicador más del desarrollo³⁵. El desarrollo está intrínsecamente vinculado a la cooperación porque los Estados no son autónomos y necesitan unos de otros. Los recursos que la vida demanda no siempre están disponibles en un único territorio, y la interrelación entre naciones produce flujos de conocimiento e intercambio en los que la cooperación ha de ser la clave compartida. «El desarrollo no es simplemente una sucesión de etapas en las que se sitúan unos y otros países, el desarrollo no es tanto una escala sino una trama intrincada de modo que las decisiones de unos afectan invariablemente a los otros»³⁶. Por este motivo, una aproximación adecuada a la cooperación cultural promovida por la Declaración de 1966 podría reportar efectos muy positivos para crear un escenario óptimo para un *desarrollo* respetuoso con las culturas. No obstante, en esta esfera de relaciones internacionales hay que tener en cuenta el importante poder que se le concedía al principio de no injerencia, como ya hemos señalado, y la cooperación se transformó en muchas ocasiones en una no intervención, bajo el pretexto de un respeto a la autonomía de las naciones, o en un mecanismo de

³⁵ VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 190, señala que en el seno del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, credo en 1965, se comenzó a trabajar en la inclusión de una serie de parámetros sobre el desarrollo de la naciones que tuviesen en cuenta la dimensión humanista que se quería proyectar, y de la que se hace eco la Declaración de México de 1982. Alguno de esos parámetros hacían referencia indirecta a la cultura, su reconocimiento y respeto y la creación de un contexto adecuado para su creación y crecimiento, como los indicadores referidos al grado de alfabetización (presupuesto para la adquisición de conocimiento y desarrollo de un sentido crítico) así como el mantenimiento de un sistema de libertades políticas, económicas y sociales que permitan la creatividad, la participación y el respeto entre iguales.

³⁶ VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 195.

exportación de modelos culturales propios, haciendo uso de unos mecanismos económicos más solventes y consolidados que garantizaban la expansión pretendida³⁷.

Si el *desarrollo* constituye una nueva amenaza para la supervivencia cultural, en qué medida la *diversidad*, como concepto jurídico, está llamada a cumplir un papel de salvaguardia. La evolución inmediata de la noción de *desarrollo* se abordó desde la óptica de la sostenibilidad de los recursos naturales, especialmente a raíz de las recomendaciones y conclusiones arrojadas por el Informe «Nuestro futuro común», elaborado en el seno del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, de abril de 1987, conocido como Informe Brundtland, apellidado de la Primera Ministra de Noruega en la época, que encabezó la comisión³⁸. En uno de los primeros párrafos del informe se habla de algunas de las consecuencias del *desarrollo*:

But the same processes that have produced these gains have given rise to trends that the planet and its people cannot long bear. These have traditionally been divided into failures of 'development' and failures in the management of our human environment. On the development side, in terms of absolute numbers there are more hungry people in the world than ever before, and their numbers are increasing. So are the numbers who cannot read or write, the numbers without safe water or safe and sound homes, and the numbers short of woodfuel with which to cook and warm themselves. The gap between rich and poor nations is widening - not shrinking - and there is little prospect, given present trends and institutional arrangements, that this process will be reversed³⁹.

El informe no tiene como punto principal el tratamiento de la cultura desde el *desarrollo*, sino que aborda cuestiones relativas al uso de los recursos naturales para la economía mundial en equilibrio entre todas las naciones, planteamiento que dio lugar al concepto de *desarrollo sostenible*. Desde esta perspectiva, se abandona la idea de identificar el desarrollo con el crecimiento económico y se lanza un postulado de

³⁷ Indica BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 109, que en este contexto de Guerra Fría la invocación del principio de no intervención sirvió a la Unión Soviética para cerrar el sistema de información para proteger la seguridad del Estado, mientras que EE.UU. aprovechó el mecanismo de intercambio, no en aras de una auténtica interculturalidad, sino con el objetivo propagandístico de expandir su *American way of live* a través de la distribución de cine nacional, aprovechando el descenso en la producción de cine europeo, y especialmente el francés, como consecuencia de la recesión económica subsiguiente a la II Guerra Mundial.

³⁸ El texto completo del informe está disponible en: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> [consultada el 25/07/2015].

³⁹ «Pero los mismos procesos que han producido estos avances han dado lugar a tendencias que el planeta y sus habitantes no pueden resistir por más tiempo. Estos han sido tradicionalmente divididos en fracasos de 'desarrollo' y fracasos en la gestión de nuestro medio ambiente humano. En cuanto al desarrollo, en términos absolutos hay más personas hambrientas en el mundo que nunca antes, y su número va en aumento. Del mismo modo el número de personas que no saben leer ni escribir, los que están sin agua potable o casas sanos y salvos, y el número de quienes tienen escasez de combustibles, de madera con la que cocinar y calentarse. La brecha entre países ricos y pobres se está ensanchando —no disminuye— y hay pocas perspectivas, dadas las tendencias actuales y los arreglos institucionales, de que este proceso se invierta» —t.p.—.

responsabilidad en el aprovechamiento de los recursos de forma que se creen economías viables a largo plazo y se traten de paliar los efectos negativos que el ‘crecimiento’ ha traído consigo. No obstante, el informe habla de la cultura en alguna ocasión, para referirse a un patrimonio cultural en el que la diversidad biológica cumple un papel fundamental, admitir el impacto de la economía en la esfera social y cultural, reconocer que el desarrollo puede dejar aislados a ciertos grupos minoritarios, y que en consecuencia existe un riesgo de «extinción cultural» de ciertas prácticas. El tratamiento de la diversidad (biológica) en este texto puede proyectarse al propio terreno de la diversidad cultural de las sociedades, en el sentido de que debe ser respetada y ha de proveerse a su conservación y sostenibilidad. «No sólo por esto pero fundamentalmente por esto desde entonces se ha ido agudizando la sensibilidad y consolidándose la idea de que diversidad cultural y diversidad biológica deben concebirse estrechamente asociadas»⁴⁰.

Haciéndose eco de estas premisas el Cuarto Convenio ACP-CEE⁴¹, firmado en Lomé en noviembre de 1989, establece en su artículo 139:

La cooperación contribuirá a un desarrollo autónomo de los Estados ACP, centrado en el hombre y enraizado en la cultura de cada pueblo. La dimensión humana y cultural deberá impregnar todos los sectores y reflejarse en todo proyecto o programa de desarrollo. La cooperación apoyará las políticas y las medidas adoptadas por dichos Estados para valorizar sus recursos humanos, intensificar sus capacidades propias de creación y promover su identidad cultural. La cooperación favorecerá la participación de la población en el proceso de desarrollo.

El texto además ahonda en los modos en que deben gestionarse las relaciones de cooperación y el diálogo entre naciones, y en el inciso 3º del artículo 145 establece:

El diálogo intercultural estará centrado en la profundización en los conocimientos y en una mayor comprensión de las culturas. Elucidando los obstáculos para la comunicación intercultural, la cooperación fomentará la toma de conciencia de la interdependencia de los pueblos de distintas culturas.

Por su parte, la Conferencia de México del Decenio Mundial para el Desarrollo Cultural 1988-1997 organizado por la Unesco elaboró un programa de acción⁴² que ponía de nuevo el punto de mira en la necesidad de integrar el fenómeno cultural dentro de los

⁴⁰ VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 196-7.

⁴¹ Ratificado por España en 1991. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1991, página 39825 (BOE-A-1991-29622). Este convenio representaba el consenso de los países de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, por un lado, y de los países del Acuerdo de Georgetown, constitutivo del Grupo de Estado de África, el Caribe y del Pacífico.

⁴² UNESCO, *Decenio mundial para el Desarrollo Cultural 1988-1997. Programa de acción*. Francia: Unesco 1990. Texto disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000852/085291sb.pdf> [consultada el 25/07/2015].

procesos de desarrollo y de no elaborar políticas culturales ajenas a la realidad de los pueblos.

La comunidad internacional reconoce cada vez más la necesidad de que la cultura se sitúe en el corazón del desarrollo. [...] En los países en desarrollo, se manifiesta cada vez con mayor claridad una preocupación por conjugar el progreso, la justicia y la solidaridad en el respeto de los valores culturales propios de cada pueblo. Pero esta exigencia dista mucho de haberse traducido en los hechos. [...] Es todavía muy frecuente la separación de las políticas culturales con respecto a las políticas relativas a otros sectores del desarrollo, en especial, el económico y social y en materia de ciencia y tecnología. Esta impresión se observa especialmente frente a la rapidez y a la amplitud de los efectos de la evolución de las ciencias y las técnicas, cuya significación resulta difícilmente accesible para la mayoría y cuya omnipresencia parece poner en tela de juicio la *diversidad* y la especificidad de las culturas⁴³.

Este planteamiento justifica que una de las recomendaciones para el estímulo del intercambio cultural contenidas en este documento prevea:

Se podrá, en primer lugar, fomentar la apreciación mutua de las culturas, contribuyendo a dilucidar y a vencer los obstáculos que se oponen a una auténtica comprensión intercultural. El Decenio podrá contribuir a crear nuevas relaciones entre las culturas, con miras a estimular, mediante intercambios equilibrados, el sentido del diálogo, el respeto de *las diversidades*, la voluntad de colaboración, y, en consecuencia, el enriquecimiento recíproco de las partes interesadas⁴⁴.

El siguiente paso hacia la materialización de esta idea, que se había expuesto hacía tiempo pero que, como señala el Programa de acción que acabamos de citar, «dista mucho de haberse traducido en los hechos», fue la iniciativa de la Unesco de crear la Comisión Mundial para la Cultura y el Desarrollo en 1991. La Comisión tenía como finalidad trabajar hacia una verdadera integración de la cultura en los programas de desarrollo, y el resultado se plasmó en el Informe «Nuestra Diversidad Creativa», de noviembre de 1995⁴⁵. Cabe destacar la inclusión del término *diversidad* en el propio título del documento, lo que denota el paulativo asentamiento de esta noción en la comunidad internacional y el importante valor que equilibrio que se le atribuye a la idea. En el prólogo al informe, elaborado por Javier Pérez de Cuellar, entonces Secretario General de la ONU y presidente de la Comisión, se declara que el *desarrollo* siempre había planteado grandes retos y que «Ya no se podía seguir concibiéndolo

⁴³ UNESCO, *Decenio mundial para el Desarrollo Cultural 1988-1997. Programa de acción*. Francia: Unesco 1990, 14. El resaltado es nuestro.

⁴⁴ UNESCO, *Decenio mundial para el Desarrollo Cultural 1988-1997. Programa de acción*. Francia: Unesco 1990, 34. El resaltado es nuestro.

⁴⁵ UNESCO, *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*, París: Unesco 1996, está disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001055/105586sb.pdf> [consultada el 26/07/2015].

como un camino único, uniforme y lineal, porque eso eliminaría inevitablemente la *diversidad* y la experimentación culturales, y limitaría gravemente la capacidad creativa de la humanidad con su valioso pasado y un futuro impredecible»⁴⁶.

Resulta transcendental en este texto que, además de tratar la cuestión del *desarrollo*, se emplea un marco contextual mundial en el que hace su aparición el fenómeno de la *globalización*. Como señala Velasco Maíllo, el tercer gran aspecto en el que la noción de diversidad ha venido a modular su alcance y comprensión es el de globalización, en una sucesión cronológica propia de la misma evolución del concepto, después de haberse empleado para mitigar el racismo y reencauzar los objetivos económicos intrínsecos al desarrollo⁴⁷. Trataremos en el apartado siguiente esta cuestión.

3. El contexto en que surgió la Convención de la Unesco sobre la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005

La introducción progresiva de referencias a la cultura en los textos normativos pone en evidencia la importancia de esta realidad para los legisladores; pero la importancia es aún mayor cuando el tratamiento se aborda desde la perspectiva internacional, contexto en el que la cultura se ve más expuesta a entrar en diversos conflictos. Hoy numerosos acuerdos y tratados internacionales toman la cultura como eje principal e impulsor de sus disposiciones. A este respecto cabe destacar el trabajo desarrollado por la Unesco, cuya labor va mucho más allá de tratar de armonizar las distintas legislaciones nacionales en torno a un tema cultural particular, sino que muchas veces busca cuestionar el origen de los conflictos para hallar una solución de raíz en aras de la integridad cultural. Esta pretensión resulta en ocasiones excesiva a la luz de los diferentes márgenes de concesión (muchas veces escasos) que los Estados están dispuestos a otorgar, pero representa una síntesis, un planteamiento de la cuestión y una voluntad de cambio a mejor que, cuando menos, se concreta en loables declaraciones de intenciones que progresivamente van calando en el sentir colectivo y en el entramado de actividad política de los Estados.

Así pues, el trabajo de la Unesco sirve principalmente para contribuir a la toma de consciencia internacional del valor de la cultura y la educación como dos de los ejes motores de la construcción de la humanidad, lo que llega a veces a materializarse en la elaboración de acuerdos internacionales con valor vinculante y en la creación de nuevos conceptos culturales determinantes para el devenir de los Estados. Pero incluso en los casos en que esto no sucede, la generación de un clima de reflexión que exponga y analice los factores concurrentes en la materia ayuda a cambiar las perspectivas y a cuestionarse el fin último de una determinada actuación desde la óptica de la cultura, sea local, nacional o internacional.

⁴⁶ UNESCO, *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*, París: Unesco 1996, 7. El resaltado es nuestro.

⁴⁷ VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 182.

3.1 Influencia de la globalización en el tratamiento internacional de la cultura

No podríamos excluir de esta exposición contextual la presencia de un fenómeno que influye de manera transcendental en la evolución actual de la cultura, y, por ende, en el derecho y en las políticas públicas nacionales e internacionales: hablamos de la globalización.

Como bien expone Prieto de Pedro⁴⁸, la globalización no es un fenómeno nuevo, aunque la terminología empleada para designarlo sí lo sea. En efecto, los procesos de universalización y mundialización han estado siempre presentes a lo largo de la historia del hombre en las sucesivas relaciones entre colectivos y comunidades y el modo en que estas determinaban el contenido de esos vínculos en el intercambio de conocimientos, usos y formas. El resultado de una preponderancia política, social y económica de los Estados nación de la vieja Europa configurados desde finales del s. XVI supuso la aplicación de sus esquemas de funcionamiento en las distintas instancias de organización política y económica, y la exportación de sus fuentes de conocimiento, teorías, lengua y pautas de creación (arquitectura, conceptos estéticos), a los territorios conquistados. Qué duda cabe que es esta proyección internacional, con visos de antiguo imperio, hubo un cierto grado de intercambio e importación de productos y saberes; pero la concepción unidireccional de la ocupación, sustentada en la posición del más fuerte, dejaba fuera cualquier situación de equidad y trato igualitario. La mundialización estaba implícita en la propia conducta, concebida como una expansión estratégica e interesada que trajo consigo una cierta homogeneidad cultural impuesta, con efectos negativos en cuanto a la marginación de las formas autóctonas, pero también positivos, en lo relativo a los avances tecnológicos, las infraestructuras, el saneamiento y la convivencia multicultural⁴⁹.

La universalización responde a un fenómeno de expansión fundado en valores, en los valores y principios que se han estimado dignos de defensa y aplicación ‘universal’ (valga la redundancia) a todos los seres humanos. Sin lugar a dudas este fenómeno expansivo ha ido de la mano de las líneas políticas desarrolladas por parte de las tradicionales potencias hegemónicas, y por eso tienen un marcado cariz europeísta, como se aprecia con claridad en documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La proclama de esta clase de principios produce igualmente un efecto homogeneizador y contribuye a crear un sustrato ideológico

⁴⁸ PRIETO DE PEDRO, J. *Excepción y diversidad cultural*, Fundación alternativas 2005, 4-10.

⁴⁹ PRIETO DE PEDRO, J. *Excepción y diversidad cultural*, Fundación alternativas 2005, 7, explica la mundialización del modo siguiente: «entendemos la mundialización como un proceso de descubrimiento real y, a la vez, de construcción simbólica del ámbito total en el que tiene lugar la vida humana y la progresiva ampliación de las acciones de interacción a ámbitos superiores a lo local y lo nacional, pero según procesos determinados principalmente por la lógica de los Estados nación. Como proceso complejo, la mundialización es un proceso multidimensional con múltiples facetas comerciales, tecnológicas, financieras, culturales..., pero asimismo con una relevante dimensión político jurídica, determinada por la creciente construcción de un orden jurídico internacional y por las regulaciones internas de los Estados».

mucho más sutil y menos perceptible que acaba por empapar el entramado de las relaciones internacionales entre Estados. El hecho de compartir principios comunes pone a las partes en plena situación de igualdad para tratar asuntos políticos y/o económicos sobre una base preestablecida y no cuestionada, que todos conocen y todos dan por sentada.

La globalización, si bien participa en gran medida de estas características que acabamos de exponer, tiene un origen diferente. No es tanto el resultado de una línea política internacional consciente que busque de modo estratégico la comodidad de su propia expansión y la estabilidad de un sistema que garantice los intercambios sin transición de fronteras; sino que es fruto de un devenir de las cosas generado en la esfera económica, donde la búsqueda de la liberalización de mercados sumado al vertiginoso desarrollo de las comunicaciones y el transporte, han propiciado, sin buscarlo conscientemente, una cierta homogeneidad en las políticas de los Estados, en las culturas de intercambio y en los esquemas de mercado, arrastrando consigo el sistema de valores y principios subyacente en los modelos preestablecidos. La particularidad de la globalización frente a la tradicional mundialización es que la primera no se concibe en términos de fronteras territoriales físicas, sino que se entiende en el conjunto de un espacio global, sin barreras tangibles, donde la circulación de mercancías y servicios, y con ellos, de personas, origina nuevas relaciones y vínculos cuyo nexo de unión ya no es el individuo *per se*, sino el valor económico que éste representa.

La consecuencia de esta preeminencia económica es la relegación a un segundo plano de otras esferas fundamentales de la vida colectiva de las sociedades que quedan automáticamente supeditadas a la trayectoria que se adopte en el sector de la economía. La desatención que hoy padecen la cultura y la educación, y la subordinación consustancial, casi podríamos decir, de las políticas nacionales y supranacionales al discurrir más o menos próspero de la economía global debería llevarnos a cuestionarnos la racionalidad de una actuación consentida y previsible de este calado, máxime cuando el centro de poder comienza a verse desplazado hacia las grandes empresas y potencias económicas, que pueden ejercer una suerte de pseudopolítica real, pero sustraída de la legitimidad del colectivo sobre el que repercute. A este respecto, Prieto de Pedro indica con acierto que

los articuladores de las reglas de la globalización son, no ya los Estados a través de las regulaciones y las relaciones internacionales sino que, en virtud de la desregulación que caracteriza el proceso, el centro de gravedad se desplaza a los sujetos privados y, fundamentalmente, a las corporaciones económicas transnacionales; en este nuevo escenario, los Estados, en vez de ser ellos los que regulen los mercados, tienden a convertirse en un agente más de los mercados⁵⁰.

La globalización responde a un discurrir ajeno a voluntades políticas directas, se desarrolla en un panorama en que éstas figuran subordinadas a los dictados provenientes

⁵⁰ PRIETO DE PEDRO, J. *Excepción y diversidad cultural*, Fundación alternativas 2005, 8.

de las exigencias del mercado, lo que origina una cierta acefalía de poder, como si todo tuviese lugar en un escenario anárquico en que los hechos se sucediesen por azar. Pero, evidentemente, esto no es así. Surge en realidad un desplazamiento de las directrices políticas hacia grupos que no habían tenido antes responsabilidades gubernativas y que, en consecuencia, afrontan las programaciones globales atendiendo a sus intereses exclusivos, y no con una visión de conjunto que tome en cuenta la multitud de circunstancias concurrentes, con el descargo de responsabilidad de saber, además, que ‘no hacen verdadera política’. Sin embargo, sus actuaciones no solo determinan las líneas de acción de los Estados, sino que condicionan el modo de desarrollarse que tienen otros campos de actividad fundamentales para el individuo, en virtud de una creciente ‘mercantilización’ de todo aquello que sea susceptible de negocio, como sucede con el caso de la cultura y sus múltiples manifestaciones.

En este contexto de «peligro» de subsistencia e integridad, la actividad de algunos colectivos e instituciones trata de poner en el punto de mira la necesidad de reconsiderar los derroteros por los que la vorágine económica nos va llevando y cuestionarse sus propios postulados. La globalización no ha llegado ni mucho menos a su punto de inflexión, pues la revolución de las comunicaciones, que no hace sino potenciar sus efectos, acaba de empezar; pero las primeras teorías disonantes que ponen la voz de alarma en la urgencia de replantear los principios mercantilistas que invaden todo lo producido o producible por el hombre han dado ya sus primeros pasos.

La cultura es una materia especialmente sensible a los efectos derivados de los postulados económicos. Se trata de una realidad vulnerable que responde a una necesidad esencial del hombre, y en la que el clima reinante en el contexto vital de los individuos, que van creando la cultura con sus interacciones, determina inevitablemente el contenido de éstas. La erradicación de la libertad genuina de las personas al imponerse una necesidad artificial de tener que seguir y emular ciertos modelos de vida extraños e importados acarrea la desaparición de otros muchos modelos surgidos por desarrollo natural en el seno de los colectivos. La globalización extiende como un manto sus esquemas de consumo, imponiendo con ello pautas de vida aparentemente deseables y «universalizables», que las sociedades van interiorizando como una meta evolutiva a la que aspirar. La consecuencia es la pérdida de la enorme riqueza y pluralidad que los individuos habían ido construyendo desde sus primeras relaciones entre iguales hasta la actualidad.

A pesar de que el contenido de nuestra exposición parezca conducir a un diagnóstico catastrofista de la situación actual de muchas esferas de actividad fundamentales en el desarrollo de la sociedad, por fortuna, la labor de alerta de algunas organizaciones no gubernamentales, instituciones internacionales, agrupaciones civiles e incluso gobiernos nacionales han tratado de frenar los efectos que la globalización está causando en materias particularmente vulnerables como la cultura. Esta alerta y toma de consciencia normalmente se sustancia con un debate sobre la mercantilización o no de los productos y servicios de que se trate, pues la cuestión se reduce a dirimir el interés económico que un objeto, producto o creación puede tener para el mercado

internacional, y la cultura no es ajena a este ámbito de discusión. En este conflicto conceptual protagonizado por fuerzas enfrentadas las posturas suelen defenderse recurriendo a criterios de conveniencia y oportunidad, necesidad y responsabilidad, proteccionismo y libremercado.

El Informe «Nuestra Diversidad Creativa», consciente de este fenómeno de cambio, describe una situación mundial que ha planteado grandes retos colectivos y que ha supuesto un riesgo para el ser humano y sus manifestaciones, por eso se constata que

Era necesario formular preguntas nuevas y replantear otras antiguas. ¿Cuáles son los factores culturales y socioculturales que influyen en el desarrollo? ¿Qué impacto cultural tiene el desarrollo económico y social? ¿Qué relación existe entre las culturas y los modelos de desarrollo? ¿Cómo combinar los elementos valiosos de una cultura tradicional con la modernización? ¿Cuáles son las dimensiones culturales del bienestar individual y colectivo?⁵¹.

Las referencias a un marco *global* son abundantes en el texto y este nuevo contexto de post-guerra fría, con naciones de recién recuperada independencia, determina en gran medida el modo en que las relaciones internacionales se han ido desarrollando, con la primacía de modelos hegemónicos que han planteado *de facto* una situación de riesgo para otros Estados, arrastrados por la inercia del más fuerte. Numerosas menciones a la «ética global», el «sistema global» o la «cultura popular global» crean un hilo explicativo con el que el Informe expone los retos que el desarrollo y la globalización entrañan, pero partiendo de la necesidad de hacerles frente desde un cambio de perspectiva que tome en cuenta el factor cultural:

Este cambio en el pensamiento era en gran medida el fruto de la emancipación política, pues la constitución de las naciones había avivado en los pueblos la conciencia de que sus propios modos de vida constituían un valor, un derecho, una responsabilidad y una oportunidad. Esto había hecho que los pueblos *cuestionaran el marco de referencia según el cual el sistema de valores occidental era el único que engendraba normas supuestamente universales* y reclamaran el derecho a forjar versiones diferentes de la modernización. Había hecho que los pueblos afirmaran el valor de su riqueza cultural y de su patrimonio múltiple, que no se podía reducir a un cálculo en dólares y centavos, al tiempo que afirmaban los valores universales de una ética global⁵².

La globalización es tratada en este documento como un nuevo marco mundial que requiere atención y trabajo para evitar los mismos efectos negativos que en su momento acarrió el desarrollo, al principio tratado únicamente desde una perspectiva de crecimiento económico, tecnológico e industrial. Es de transcendental importancia en la

⁵¹ UNESCO, *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*, París: Unesco 1996, 8.

⁵² UNESCO, *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*, París: Unesco 1996, 7. El resaltado es nuestro.

evolución del concepto de *diversidad* las numerosas referencias que el Informe incorpora sobre este término, cuyo poder reside en imponer una necesidad de respeto y en modular el alcance que la globalización, como fenómeno que tiende hacia la homogeneización de las expresiones y hacia la imposición de un modelo hegemónico sobre la base del potencial económico de dominación. Entre los efectos negativos del contexto previo al trabajo de la Comisión se señala que

Empezaron a amenazar la paz y la seguridad, a minar tanto el crecimiento económico como la armonía social, a violar la dignidad inherente a la persona humana; a disminuir la confianza de cada sociedad en sus propios recursos y a *amenazar la diversidad de culturas* que es vital para el bienestar del género humano⁵³.

La diversidad se presenta en este texto como un factor que enriquece las expresiones del hombre y que contribuye a ofrecer soluciones creativas a los retos que el desarrollo plantea, exponiendo un escenario común en el que «Todos estaban comprometidos con el respeto del pluralismo, de las culturas -en cuanto a su igualdad en dignidad, diversidad y vigor multifacético- y de los diferentes caminos hacia el desarrollo»⁵⁴. En definitiva, apunta Pérez de Cuellar:

La cultura es la transmisión de comportamiento tanto como una fuente dinámica de cambio, creatividad y libertad, que abre posibilidades de innovación. Para los grupos y las sociedades, la cultura es energía, inspiración y empoderamiento, al mismo tiempo que conocimiento y *reconocimiento de la diversidad*⁵⁵.

El tratamiento que la *diversidad* recibe en este informe está muy próximo a la noción de *diversidad cultural* que se acabaría por asentar como principio de Derecho Internacional poco tiempo después. Las continuas referencias a la diversidad de las culturas, el pluralismo, la igualdad cultural, la diversidad creativa, van configurando una noción que parecía requerir la cristalización de un término específico. La comunidad internacional estaba preparada para asumir este salto conceptual y el contexto era plenamente propicio para ello⁵⁶. Así, tras diferentes trabajos preparatorios⁵⁷, en la 31ª Conferencia

⁵³ UNESCO, *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*, París: Unesco 1996, 9. El resaltado es nuestro.

⁵⁴ UNESCO, *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*, París: Unesco 1996, 7.

⁵⁵ UNESCO, *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*, París: Unesco 1996, 11. El resaltado es nuestro.

⁵⁶ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 120, señala que la comunidad internacional estaba «altamente sensibilizada» sobre la importancia de la cultura, y que otras entidades como la Organización Mundial de la Salud, la Organización Mundial del Turismo y el G7 resaltaban el papel de la cultura en la construcción de sus propios programas.

⁵⁷ UNESCO, *L'Unesco et la question de la diversité culturelle*. París: Unesco 2004, 22. En este informe se explica que la 31ª Conferencia General estuvo precedida por una serie de mesas redondas que tuvieron lugar en París en las que participaron los Ministros de Cultura de los Estados parte, una sobre «La cultura y la creatividad frente a la globalización», en noviembre de 1999, y otra sobre «2000-2010: Diversidad cultural: las apuestas del mercado», en diciembre de 2000; así como una reunión de un comité de expertos

General de la Unesco se adoptó por unanimidad la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural, en octubre de 2001⁵⁸. La importancia de la introducción de este término en el título de la declaración es fundamental para dotarlo de carta de identidad y consolidar una nomenclatura que acababa de despegar como tal en la esfera internacional. En palabras de Koïchiro Matsuura, entonces Director General de la Unesco:

Un instrumento de tal envergadura es algo novedoso para la comunidad internacional. En él se eleva la diversidad cultural a la categoría de «patrimonio común de la humanidad», «tan necesaria para la humanidad como la biodiversidad para los seres vivos» y su salvaguardia se erige en imperativo ético indisociable del respeto por la dignidad de la persona.

La Declaración aspira a preservar ese tesoro vivo y renovable que es la diversidad cultural, para que no se perciba como patrimonio estático, sino como un proceso que garantice la supervivencia humana⁵⁹.

El conjunto de disposiciones de la Declaración incide en el papel fundamental que la *diversidad cultural* está llamada a desempeñar dentro del desarrollo, la convivencia de naciones, el diálogo y la solidaridad internacionales, la consolidación de los derechos culturales, la definición de políticas públicas que la tomen en cuenta o el fomento de la creatividad. El artículo 1º es de gran importancia porque afirma que la diversidad cultural «constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras». Pero a los efectos de este estudio destaca especialmente el artículo 8, que lleva por rúbrica «Los bienes y servicios culturales, mercancías distintas de las demás», y dispone:

Ante los cambios económicos y tecnológicos actuales, que abren vastas perspectivas para la creación y la innovación, se debe prestar particular atención a la diversidad de la oferta creativa, al justo reconocimiento de los derechos de los autores y de los artistas, así como al carácter específico de los bienes y servicios culturales que, por ser portadores de identidad, de valores y sentido, no deben ser considerados mercancías o bienes de consumo como los demás.

A través de estas disposiciones, y muy particularmente este artículo 8, la *diversidad cultural* se convierte en un concepto aplicable a la realidad práctica, una noción jurídica que descende de la esfera de la pura construcción conceptual, momento en que se concebía más como un principio a la luz del cual reconducir la tendencia del progreso y desarrollo mundiales, a la sustanciación en una realidad aplicable a objetos y bienes. Sin dejar de inspirar las políticas públicas ni de ser un elemento a considerar en

sobre «El refuerzo del papel de la Unesco con el fin de promover la diversidad cultural a la hora de la globalización», en septiembre de 2000.

⁵⁸ El texto completo está disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 26/07/2015].

⁵⁹ Unesco (2004a: 3).

la construcción de diferentes programas de actuación y desarrollo, la *diversidad* se transforma en una noción más tangible que se proyecta sobre diferentes creaciones del hombre en las que se afirma la presencia de un valor superior y transcendente. El papel que viene a desempeñar así la *diversidad* ofrecía un nuevo campo de actuación cuyo alcance quedaba de nuevo abierto. De hecho, el desarrollo posterior de las acciones normativas en la esfera internacional tienen una vital transcendencia en la materialización de una idea y en sus posibles efectos prácticos, y no puede entenderse como algo inocente la elaboración final de la Convención de la Unesco sobre la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, como ahora mismo pasaremos a explicar, si bien podemos adelantar que esta Convención es fruto de una reacción internacional al cariz que la relación cultura-comercio estaba adquiriendo en el mercado mundial. La concreción de la *diversidad* en los bienes culturales es un paso clave para ello.

3.2 La mercantilización de los productos y servicios culturales

El panorama expuesto hasta el momento evidencia el riesgo existente para la integridad de la cultura como manifestación genuina del individuo, al verse amenazada por una creciente mercantilización de sus expresiones que la despojan de su verdadera esencia creativa y relacional. Esta realidad ha sido ya advertida por varios organismos y colectivos, que iniciaron sus primeros pasos hacia la generación de una conciencia global sobre el valor intrínseco de la cultura y la necesidad de modificar ciertas pautas implantadas en el sistema de mercado que atentan directamente contra su supervivencia.

El problema de la mercantilización puede formularse de la siguiente forma: aplicar a los bienes y servicios culturales el mismo tratamiento que a cualquier otro producto o servicio objeto de comercio puede entrañar un peligro encubierto para la pervivencia del valor superior y transcendente de que son portadores. Dicho en otras palabras: someter a los bienes y servicios culturales al mismo régimen de comercio que los demás productos supone obviar en gran medida su carácter peculiar y poner en riesgo, de forma indirecta, la conservación, el respeto y el normal desarrollo de las culturas que los han producido. Esta situación de riesgo se comprende porque no todas las sociedades actúan en igualdad de condiciones en la esfera internacional, y las menos favorecidas, o aquellas que carecen de un entramado económico con potencia suficiente para defender sus intereses en situación de igualdad en el mercado internacional, pueden estar sacrificando su propio desarrollo cultural como pueblo al acceder a comercializar sus bienes y servicios culturales sin adoptar medidas proteccionistas de ningún tipo. Por otro lado, la convivencia en el mercado de productos culturales de diversa procedencia podría derivar en monopolios *de facto* si los mecanismos de difusión, publicidad y distribución se aplican por una nación con poder económico y posición suficiente para copar con sus productos y servicios los mercados extranjeros, sobre la base del libre comercio, por lo que esos mercados extranjeros podrían ver desplazados sus bienes y servicios culturales propios sin capacidad de protección, con el consiguiente perjuicio a su valor identitario

y el menoscabo que se produciría a sus expresiones y manifestaciones culturales propias.

Sauvé⁶⁰ señala que en la actualidad las dificultades derivadas de la relación cultura-comercio no se reducen exclusivamente al sistema comercial. Hay tres aspectos que conviene tener igualmente en cuenta a la hora de abordar este tipo de debates, algunos de los cuales ya hemos apuntado anteriormente. En primer lugar, el impulso conferido por la globalización de los mercados sigue de forma natural una tendencia a la homogeneización de hábitos de consumo y comportamientos, algo que choca frontalmente con el valor identitario que se le reconoce a la cultura para sus colectivos. La adopción de medidas de armonización de estas tensiones es muy importante para no dejar desprotegidos los valores culturales ni impedir la integración de nuevas economías en el mercado internacional. En segundo lugar, el desarrollo habitual de los mecanismos del mercado conduce a prácticas que no respetan las manifestaciones de la diversidad de culturas de forma automática, sino más bien lo contrario, absorbiéndolas a través de oligopolios comerciales. Estas situaciones de desequilibrio o desventaja para algunos sectores llevan a los Estados a crear medidas de apoyo para que resulten sostenibles, aunque no de forma plenamente autónoma, como son las subvenciones o ayudas a la creación artística y cultural. Y en tercer lugar, Sauvé indica que las políticas internacionales deberían desplazar su eje de atención de los asuntos puramente económicos y hacerse imponer sobre estas premisas cuando la dicotomía cultura-comercio resulte en un perjuicio para la primera. Esto implica que los Estados deberían establecer políticas internacionales de salvaguardia de ciertos valores superiores, como los que están presentes en los bienes y servicios culturales.

Una de las iniciativas originadas en la esfera internacional en la línea de buscar un mecanismo de protección de los bienes culturales a propuesta de Canadá se sustanció finalmente en la «Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales», adoptada en el seno de la Unesco en 2005⁶¹ (en adelante Convención de Diversidad de la Unesco). El éxito de este documento radica en la articulación de un nuevo principio de derecho internacional que trata de salvaguardar la integridad de las manifestaciones culturales en todos los ámbitos en que pueda verse amenazada, incluido, claro está, el negocial. La génesis de esta Convención encierra una interesante historia con un conflicto de base mucho más económico del que desearíamos creer, especialmente si hablamos de cultura; pero cuya resolución dio lugar a la elaboración de este texto que, por fortuna, no se ha limitado a abordar las cuestiones directamente relacionadas con el tratamiento mercantilista de los productos y servicios culturales, sino que se ha propuesto sentar las bases de unos principios universales en el tratamiento de estos bienes que trascienden con mucho su simple vocación comercial.

⁶⁰ SAUVÉ, P., «Los retos culturales de la ronda de negociaciones de Doha de la OMC». *Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya* 2002, nº 14, 30-31.

⁶¹ BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2007, páginas 6069 a 6076 (BOE-A-2007-2890).

3.3 El tratamiento de la cultura dentro de la OMC y la respuesta internacional

Los trabajos que precedieron la elaboración de la Convención de 2005 estaban inmersos en un panorama ideológico en que se comenzó a cuestionar la conveniencia de aplicar un tratamiento comercial a los bienes culturales.

En torno a este tema se habían venido manteniendo tradicionalmente dos posturas contrapuestas prácticamente irreconciliables. Por un lado estaba la tesis defendida por EE.UU. según la cual los bienes y servicios culturales constituían en realidad productos de entretenimiento y por ello debían quedar sometidos a las reglas fijadas en la OMC sobre la libre circulación transfronteriza de mercancías y servicios⁶². Por otro lado estaba la postura seguida por Canadá y Francia, en gran medida secundada por la Unión Europea, que entendía que los productos culturales son merecedores de una especial protección en virtud de su particular naturaleza portadora de valores y principios humanos que trascienden la posible concepción comercial que se les pueda aplicar⁶³.

El auge de esta contienda ideológica quedó patente entre 1993-94, durante la fase final de las negociaciones de la Ronda de Uruguay del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, por sus siglas en inglés), que se había iniciado en 1986. En este marco negocial llegaron a exponerse tres posturas distintas. En primer lugar, la de EE.UU., que, como decíamos, defendía el libremercado absoluto, aplicado también a los bienes y servicios culturales, sin que el Estado tuviese que entrar a regular este mercado. La motivación de esta postura se hallaba en gran medida en la fuerza de su industria cinematográfica en creciente expansión, a la que la aplicación de medidas reguladoras del mercado con imposición de aranceles o cuotas de pantalla podía perjudicar considerablemente⁶⁴. En segundo lugar, estaba la postura de Francia, Bélgica y Canadá, que partía de la especial naturaleza de los bienes culturales para justificar su exclusión de las reglas de libre mercado, pues precisaban medidas de protección particular, lo que dio origen al concepto de *excepción cultural*⁶⁵. Por último, como una vía intermedia, estaba la tesis defendida por el entonces Comisario de Comercio

⁶² PETIT, M., «La Convención de la Unesco sobre diversidad cultural: ¿un tratado que llega demasiado tarde?». *Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya* 2006, nº 23-24, 188, y BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 61.

⁶³ MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 12, y BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 62.

⁶⁴ Como explica BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 61, la inclusión de las creaciones culturales por EE.UU. en el amplio concepto del «sector del entretenimiento» parecía eliminar toda referencia a su contenido cultural, al tiempo que insistía en someter a estos bienes y servicios al régimen general previsto para todos los demás bienes y servicios objetos de comercio, sin excepción alguna por razón de su especial naturaleza. En el sector del entretenimiento, la industria cinematográfica americana es un referente internacional y se sitúa en el segundo puesto en volumen de exportaciones nacionales, tras la industria aeronáutica.

⁶⁵ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 62.

Europeo, y representante de la UE en las negociaciones, Leon Brittan, según la cual la cultura debía ser incluida en los tratados internacionales de libre comercio, pero con un tratamiento específico que preservase sus particularidades, lo que dio lugar al término *especificidad cultural*⁶⁶.

La ronda concluyó finalmente en 1994 y con ella nació la OMC⁶⁷. La postura finalmente adoptada en lo relativo al tratamiento de los bienes y servicios culturales fue híbrida, pues fue una materia incorporada a los tratados, en efecto, pero con una serie de compromisos y un modelo de redacción según el cual los países europeos podían conservar sus propias regulaciones, incluso con restricciones para los productos y servicios extranjeros (pensemos sobre todo en cine); si bien estas limitaciones estaban llamadas a desaparecer en el plazo de diez años. Europa, y especialmente Francia, hizo una lectura positiva de este resultado porque se quiso ver en el contenido del acuerdo una posición de no doblegamiento frente a las exigencias librecambistas norteamericanas, si bien es conveniente apreciar las cosas en sus justos términos y admitir que un régimen de excepcionalidad es en realidad todo lo contrario a una situación de ‘normalidad jurídica’. Así, Prieto de Pedro⁶⁸ recuerda que

El concepto de ‘excepción’ no es un concepto del lenguaje de la cultura sino un concepto del propio lenguaje de los Tratados, presente en el artículo XX del GATT, que referíamos más arriba, y en el artículo XIV del GATS. Dichas excepciones cumplen la función de dejar fuera del sistema del libre comercio determinados bienes y servicios relacionados con la salud, la seguridad, el orden público... entre los que los negociadores europeos pretendieron que se nombrara la cultura.

Llegados a este estado de las cosas, la cuestión de fondo del conflicto podía verse reavivada en las siguientes negociaciones de la OMC, en su momento previstas para noviembre de 1999 en Seattle. Entretanto, la excepción cultural permitía a los Estados que no habían suscrito compromisos en el marco de las negociaciones del GATS eludir la aplicación de estas disposiciones en materia de industria audiovisual y productos culturales, a pesar de haber sido incorporados a su regulación. Y la campaña de defensa

⁶⁶ PRIETO DE PEDRO, J. *Excepción y diversidad cultural*, Fundación alternativas 2005, 22, y PETIT, M., «La Convención de la Unesco sobre diversidad cultural: ¿un tratado que llega demasiado tarde?». *Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya* 2006, nº 23-24, 188.

⁶⁷ La Organización Mundial del Comercio se fundó formalmente en Ginebra el 1 de enero de 1995, tras las negociaciones de la Ronda de Uruguay que se desarrollaron entre 1986 y 1994. Vid. http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/who_we_are_s.htm. Como resultado final de esas negociaciones de la Ronda de Uruguay se adoptó la Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994 (instrumento de ratificación de España publicado en el BOE núm. 20 de 24 de enero de 1995, p. 2206 (BOE-A-1995-1850)) con la que se aprobaron una serie de documentos de gran transcendencia: el Acuerdo por el que se establece la OMC, un acuerdo marco al que se incorporan como anexos los siguientes acuerdos: el relativo a mercancías (GATT de 1994, que ha de leerse conjuntamente con el GATT de 1947), el relativo al comercio de servicios (AGCS, sus siglas en inglés son GATS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el anexo Entendimiento sobre Solución de Diferencias, Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales y por último los acuerdos multilaterales (sobre aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y carne de bobino, estos dos últimos expiraron en 1997).

⁶⁸ PRIETO DE PEDRO, J. *Excepción y diversidad cultural*, Fundación alternativas 2005, 22.

de esta tesis de la excepción surtió gran efecto, pues finalmente de 128 países miembro de la OMC a la entrada en vigor del GATS (1 de enero de 1995), sólo 18 asumieron compromisos de liberalización⁶⁹.

No obstante, la fuerza de la excepción cultural era temporal y servía para oponerse a unos mecanismos de liberalización comercial que de un modo u otro hallaban la manera de sobreponerse a las débiles trabas que la alegación de esta excepción podía suponer⁷⁰. Una de las razones teóricas de este limitado alcance es la radical distinción entre una exclusión de materias y un trato excepcional⁷¹. En el primer supuesto estaríamos hablando de la no inclusión de los bienes o productos en las reglas del mercado internacional, mientras que en el segundo caso sí estarían incluidos, lo cual determina su estimación esencial como objetos y servicios susceptibles de tráfico económico, pero la aplicabilidad de las reglas vendría modulada por un régimen excepcional. Esto condiciona de base la propia operatividad de la excepción cultural, que nace para imponer límites a un sistema que engloba los bienes culturales dentro de la categoría de bienes de comercio. Progresivamente se empieza a advertir que el mecanismo resulta insuficiente y que se requiere una actuación de mayor calado si verdaderamente se quiere excluir la cultura de los tratados internacionales de libre comercio⁷².

A esta apreciación se suma un acontecimiento puntual que marca un hito en la voluntad de cambio de una potencia francófona: Canadá. En efecto, Canadá había sido sancionada por la OMC ante una medida proteccionista de la cultura nacional que consistía en imponer un impuesto especial sobre la publicidad que gravaba las publicaciones estadounidenses. La OMC entendió que esta tasa vulneraba el contenido del «Tratado de Libre Comercio de América del Norte» (TLCAN) aun cuando se había incorporado una cláusula de exención para la protección de las creaciones canadienses⁷³. Con esta sanción se ponía de manifiesto que la tesis de la excepción

⁶⁹ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 65-66. La autora señala que desde 1995, la adhesión de 23 nuevos Estados aumentó en 10 el número de países que liberalizaron el sector audiovisual, en muchas ocasiones por ceder a las presiones de EE.UU. sobre países en vía de desarrollo.

⁷⁰ MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 12.

⁷¹ PRIETO DE PEDRO, J. *Excepción y diversidad cultural*, Fundación alternativas 2005, 53.

⁷² MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 12, se expresa en estos términos: «Il n'a pas fallu longtemps pour que l'exception culturelle apparaisse comme un bouclier insuffisamment protecteur et un étendard faiblement mobilisateur. Rempart illusoire parce que, même si les principes les plus contraignants du libre-échange (accès au marché, traitement national, etc.) demeuraient inopposables aux parties qui n'avaient pas souscrit d'engagements dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) signé en 1994, l'audiovisuel et la culture restaient dans le champ de compétence de l'OMC, dont aucune clause ne les avait exclus». [No ha hecho falta mucho tiempo para que la excepción cultural aparezca como un escudo insuficientemente protector y un estandarte débilmente movilizador. Muralla ilusoria porque, incluso aunque los más restrictivos de los principios de libre comercio (acceso a los mercados, trato nacional, etc.) quedaron inoponibles a las partes que no tenían compromisos en el marco del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS), firmado en 1994, el audiovisual y la cultura se mantuvieron en el campo de competencia de la OMC, del que ninguna cláusula los había excluido —t.p.—].

⁷³ MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 14.

cultural presentaba unos contornos muy imprecisos que podían originar decisiones contradictorias según fuesen interpretados su naturaleza y alcance.

El hecho supuso el detonante para el inicio de una serie de reuniones y cumbres, encabezadas por el mundo francófono, en que volvía a plantearse la controvertida discusión sobre el tratamiento que debía dársele a los bienes culturales en el ámbito del comercio internacional. Sin detenernos en los pormenores de este proceso de gestación⁷⁴, podemos afirmar que el conjunto de movilizaciones dieron como resultado la elaboración de un nuevo concepto que irrumpiría con fuerza en la esfera internacional y que pondría de nuevo en el punto de mira el valor de los bienes culturales.

4. Diversidad cultural: un nuevo concepto

Como hemos podido señalar en los apartados anteriores, el concepto de *diversidad cultural* no existía como tal en el contexto previo a la elaboración de la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural, de 2001, y la posterior Convención de la Unesco sobre la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, que da un paso más hacia la concreción del término en su aplicación más práctica y tangible. Este concepto es el resultado de una labor de construcción ideológica volcada sobre la necesidad de reavivar la polémica en torno al tratamiento comercial de los bienes culturales, haciendo para ello hincapié en su valor transcendente. La idea es justificar la conveniencia de aplicar a estos bienes un régimen distinto del de las restantes mercancías y productos (sea por vía de excepción, sea por exclusión) fomentando la creación de una conciencia colectiva que repare en su especial naturaleza, pues estos bienes son portadores de valores, ideas y principios humanos que van mucho más allá de su inmediato valor comercial. Como señala Petit⁷⁵, el papel de los opositores a la mercantilización de la cultura hubo de dar un paso cualitativo para redefinir posturas y estrategias, así «si bien el planteamiento adoptado durante la Ronda de Uruguay era ‘defensivo’, en estos momentos el discurso es ‘constructivo’: de la excepción cultural se ha pasado a la promoción de la diversidad cultural».

En el proceso de generación de esta idea no puede negarse la habilidad estratégica de Francia y Canadá, arrastrando consigo a toda la comunidad francófona, y el acierto de proyectar su voluntad de cambio en el ámbito internacional acudiendo a la Unesco. Como apunta Musitelli, en unos términos claramente triunfales,

Grâce à ce quadrillage minutieux du terrain, la diversité culturelle a suscité en quelques années un bourgeonnement d’initiatives sans précédent, alimentant sa propre dynamique et conférant à l’affaire un retentissement mondial. La constitution d’une coalition déterminée et

⁷⁴ Para más información véase MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d’un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 14-17, y BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 137 y ss.

⁷⁵ PETIT, M., «La Convención de la Unesco sobre diversidad cultural: ¿un tratado que llega demasiado tarde?». *Quaderns del Consell de l’Audiovisual de Catalunya* 2006, nº 23-24, 188.

massive a dissuadé des États influents, tels que le Japon qui avait exprimé de fortes réserves sur son contenu, de se désolidariser de l'entreprise. Ce rapport de force a également neutralisé l'opposition farouche des États-Unis qui déniaient à l'Unesco le droit d'agir dans ce domaine, arguant qu'il s'agissait de commerce et non de culture, et que le projet était protectionniste, étatiste, liberticide et contraire aux droits de l'homme⁷⁶.

La acogida de la comunidad internacional de la idea de diversidad cultural no estuvo exenta de dificultades; sin embargo, se extendió a gran velocidad. En 1999 la Unesco elaboró un estudio titulado «Cultura, comercio y globalización. Preguntas y respuestas» en donde se reflexionaba sobre la conveniencia de que la Unesco se implicase en los debates sobre diversidad cultural y su transcendencia económica internacional⁷⁷. Estas mesas de trabajo venían a completar la tendencia advertida en la esfera internacional de aplicar la diversidad a una nueva construcción del *desarrollo*, un desarrollo que incorporase de forma estructural la cultura como factor determinante, tal y como hemos visto en los apartados anteriores. La respuesta no se hizo esperar. De hecho, algunos de los estudios e informes periódicos elaborados por otras instituciones y la propia Unesco antes de esta fecha analizaban esta misma cuestión, aunque no se hubiese todavía acuñado la terminología específica que se consolidaría después en la esfera internacional⁷⁸. En realidad, la propia expresión *diversidad cultural* presentaba problemas conceptuales, pues sus contornos eran imprecisos, el sentido no era unívoco y podía prestarse a múltiples interpretaciones; no obstante, los esfuerzos por hacer prosperar una idea clara en torno al tratamiento de los bienes culturales y la necesidad de tomar consciencia sobre el alcance transcendente de la cultura para los grupos humanos, con su riqueza y variedad de formas, siguió avanzando hasta asentarse e identificarse con esta terminología.

El siguiente paso de la Unesco fue aprobar la «Declaración universal sobre la diversidad cultural» en 2001, como ya sabemos. En marzo de 2003 la Secretaría de la Unesco sugiere al Consejo Ejecutivo que recomiende en la 32ª Conferencia General la elaboración de un instrumento normativo internacional que trate el tema de la diversidad, y al mismo tiempo encarga al Director General de la Unesco un «Estudio

⁷⁶ MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 17, [«gracias a esta división meticulosa del terreno, la diversidad cultural ha suscitado en los últimos años un surgimiento de iniciativas sin precedentes, alimentando su propia dinámica y confiriendo al asunto un impacto mundial. La constitución de una coalición decidida y contundente ha disuadido a los Estados influyentes, tales como Japón, que había expresado fuertes reservas sobre su contenido, de disociarse de la empresa. El equilibrio de poder también ha neutralizado la feroz oposición de los Estados Unidos que negaron ante la UNESCO el derecho de actuar en este ámbito, argumentando que se trataba de comercio y no de cultura, y que el proyecto era proteccionista, estatista, draconiano y contrario a los derechos humanos» —t.p.—].

⁷⁷ RODRÍGUEZ BARBA, F., «La importancia de la *Convención sobre la la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* de la Unesco y su impacto en las políticas culturales mexicanas». *Revista CONfines* 2009, nº 5/9, 25.

⁷⁸ Nos referimos al informe elaborado por la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo en noviembre de 1995, titulado «Nuestra diversidad creativa», ya citado anteriormente, o el Informe Mundial sobre la Cultura, elaborado por la Unesco en 1998, cuyo título era «Cultura, creatividad y mercados».

preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la factibilidad de un instrumento normativo sobre la Diversidad Cultural»⁷⁹. Tras esta recomendación, en efecto, en octubre de 2003, la 32ª Conferencia General de la Unesco aprueba que la diversidad cultural sea objeto de una convención internacional⁸⁰. Y finalmente, dos años más tarde, el 20 de octubre de 2005, se aprobó la Convención. El proceso ha sido considerablemente corto habida cuenta de la complejidad y profundidad de los debates entre Estados que se originaron en torno a la materia. A día de hoy la Convención cuenta con 138 Estados partes⁸¹, entre los que llama la atención la ausencia de EE.UU.

Con la aprobación de esta Convención se consagra un principio fundamental en el ámbito internacional por lo que respecta a los bienes culturales que hasta el momento no existía. El valor vinculante de la Convención da fuerza de ley internacional el principio de la *diversidad cultural* al proclamarlo en el derecho positivo y dejar de ser ya, por fin, una entelequia. La Convención forma parte, junto con otros textos, de los instrumentos fundadores del Derecho Internacional de la Cultura⁸². Lo fundamental del texto es la transcendencia que la proclamación de este principio tienen en la esfera económica internacional. Siguiendo la exposición de Musitelli, se pueden destacar estas cuatro vertientes de la Convención⁸³:

- Afirma la doble naturaleza económica pero sobre todo cultural de estos bienes y servicios, por encima de su exclusiva consideración mercantil.
- Reconoce el derecho que tienen los Estados para poner en práctica políticas públicas de apoyo a la expresión cultural con el fin de asegurar una diversidad real de ésta.
- Se presta especial atención a los países en vías de desarrollo para que crezcan provistos de las herramientas necesarias para proteger y preservar su diversidad cultural.

⁷⁹ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 170. Texto disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129718s.pdf> [consultada el 26/07/2015].

⁸⁰ En la Resolución 32C/34 de 17 de octubre de 2003. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001331/133171s.pdf> [consultada el 26/07/2015].

⁸¹ Vid. <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=31038&language=S>. [consultada el 19/07/2015].

⁸² RODRÍGUEZ BARBA, F., «La importancia de la *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* de la Unesco y su impacto en las políticas culturales mexicanas». *Revista CONfinés* 2009, nº 5/9, 24: «Junto con la Convención de 1972, relativa al patrimonio mundial cultural y natural, la de 2003, sobre la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, constituye uno de los pilares de la preservación y de la promoción de la diversidad. De hecho, las tres Convenciones sirven de marco para la acción de la UNESCO a favor de la defensa de la diversidad cultural. En su conjunto, éstas refuerzan la idea de que la diversidad cultural debe ser considerada ‘patrimonio común de la humanidad’ y la ‘defensa un imperativo ético inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana’».

⁸³ MUSITELLI, J., «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d’un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique* 2006, nº 62, 11.

- Consagra el principio de *diversidad cultural* en la esfera internacional como un principio de derecho internacional propio.

El valor de estos puntos convierte la solución a la antigua controversia de enfrentamiento entre la apreciación de los bienes culturales y su aprovechamiento económico como mercancías, concretada en la *excepción cultural*, en una respuesta que busca la complementariedad en el trato internacional de estos bienes entre ambas vertientes. Si los bienes culturales son objetos de tráfico económico es porque encierran, indudablemente, un potencial mercantilista; pero esto no puede obviar su naturaleza cultural de forma automática. Como indica Rodríguez Barba «La Convención es el primer texto de Derecho Internacional que reconoce expresamente la naturaleza específica de los bienes y servicios culturales en cuando portadores de valores y sentidos»⁸⁴, y Barreiro Carril apunta a que

Con la aprobación de la Convención de 2005 se está abriendo camino para facilitar el entendimiento de la *relación cultura-comercio* en términos de complementariedad, superando así la visión en términos de contradicción que caracterizaba a la *excepción cultural*. A diferencia de ésta, la noción de *diversidad cultural* de la Convención y la cobertura jurídica que ésta le da, ofrece oportunidades en este sentido: el establecimiento de relaciones comerciales internacionales desde el respeto a la diversidad cultural, entendido según la Convención, engloba *mucho más* que la excepción cultural⁸⁵.

4.1 Diversidad cultural y Bienes culturales

El «Estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la factibilidad de un instrumento normativo sobre la Diversidad Cultural» que inició los trabajos para la elaboración de la Convención de la Unesco de 2005 puso de manifiesto el valor que tenía la Declaración de 2001 a efectos de presentar un marco internacional en el que encuadrar la idea de *diversidad cultural* con vistas a confección y texto normativo de alcance internacional. La Declaración, a pesar de carecer de valor vinculante, se presenta como un documento bien estructurado que pone sobre la mesa gran parte de las cuestiones vinculadas a la diversidad, desde el diseño de las políticas públicas al reconocimiento de derechos culturales. El Estudio también declara que la noción de *diversidad cultural* plantea dos vertientes: por un lado, la relación de ésta con los derechos humanos y los derechos culturales; y por otro, la relación entre diversidad, creatividad y políticas culturales. El valor de la Declaración reside además en haber

⁸⁴ RODRÍGUEZ BARBA, F., «La importancia de la *Convención sobre la la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* de la Unesco y su impacto en las políticas culturales mexicanas». *Revista CONfines* 2009, nº 5/9, 24.

⁸⁵ BARREIRO CARRIL, B. (2011), «La interacción entre el Convenio de 2005, el régimen del comercio internacional y los procesos de integración», en C. M. DÍAZ BARRADO y C. R. FERNÁNDEZ LIESA (dirs.), *La Unesco y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*, Madrid: Universidad Carlos III, 180. Subrayado de la autora.

planteado estas cuestiones desde una perspectiva de coexistencia y coherencia, no de dicotomía irreconciliable.

De los múltiples retos que se desprenden de la Declaración de 2001 a raíz de la progresiva incorporación de la noción de *diversidad cultural* en la comunidad internacional, el Estudio pone de manifiesto que la Unesco debe cumplir un deber de concreción, para delimitar un marco de referencia que sea conocido y compartido por todos los Estados. Y añade, en el punto 19, «El nuevo instrumento apuntaría sobre todo a establecer un nexo entre la preservación de la diversidad cultural y, especialmente, los objetivos de desarrollo, fomentando para ello las actividades creativas y los bienes y servicios culturales que son su principal vector».

Entre las distintas opciones de concreción tratadas en el texto, todas ellas referidas a sectores que aún no contaban con un instrumento normativo internacional de regulación⁸⁶, la Resolución de la Unesco 32C/34 se decantó por la elaboración de un instrumento en lo referente a la protección de la diversidad de los contenidos culturales y de la expresión artística. Según el estudio, las expresiones culturales requieren esta especial atención porque

Parecen correr especial peligro en el contexto actual de la mundialización. El nuevo instrumento serviría así para garantizar la protección de la diversidad en muy diversos vectores de la actividad cultural, favoreciendo una dinámica interactiva entre los distintos contenidos culturales y formas de expresión artística y entre éstos y otros ámbitos a los que están estrechamente ligados (plurilingüismo en la creación cultural, elaboración de contenidos locales, participación en la vida cultural, oportunidades de acceso a las culturas de origen plural mediante soportes diversificados, entre ellos el digital, etc.).

El Estudio no deja pasar la ocasión para insistir en que, de adoptar una convención a este respecto, deberán contemplarse aspectos como el reconocimiento y protección de los derechos de los creadores, prever medidas de fomento de la actividad creativa, dar libertad a los Estados en la definición de sus políticas culturales y en el desarrollo de iniciativas de cooperación y asociación.

Es especialmente relevante el conjunto de advertencias que el Estudio incorpora con relación a este tema. Así, se menciona que el instrumento que se elabore deberá:

⁸⁶ El Estudio cita expresamente las siguientes posibilidades de trabajo: un nuevo instrumento general sobre los derechos culturales, un instrumento sobre la condición del artista, un nuevo protocolo sobre el Acuerdo de Florencia (aprobado por la UNESCO en 1950, este Acuerdo regula la importación de bienes educativos, científicos y culturales y favorece así la libre circulación de libros, periódicos, revistas y documentos, obras de arte, películas y grabaciones sonoras e instrumentos y aparatos científicos destinados a la enseñanza y a los invidentes; aunque en gran medida ha venido a ser sustituido por el posterior Acuerdo de Nairobi de 1976), o tratar la protección de la diversidad de los contenidos culturales y de la expresión artística.

- Evitar reabrir el debate internacional sobre los principios de la *diversidad cultural* ya plasmados en la Declaración de 2001
- Delimitar exactamente el ámbito de aplicación del nuevo instrumento
- Articular «con sumo cuidado» la relación de este instrumento con otros compromisos previamente adquiridos por los Estados, así como prever mecanismos de solución de conflictos

La decisión tomada en el seno de la 32ª Conferencia General de la Unesco de elaborar un instrumento sobre las expresiones artísticas y los contenidos culturales supone una aplicación muy práctica y tangible de la *diversidad cultural* a los elementos más ‘materiales y visibles’ de la cultura. La potencialidad combativa frente a otros instrumentos que la Convención de 2005 adquiriría de este modo anticipaba en gran medida los obstáculos señalados en el Estudio de 2003. Acotar debidamente su ámbito de aplicación era un primer paso para poder oponer la idea de *diversidad cultural* en determinados contextos en que pudiera verse amenazada y, en segundo lugar, establecer el régimen de convivencia con otros instrumentos podía a su vez determinar el alcance que esta nueva Convención podía adquirir. Velasco Maíllo destaca el cambio que se puede apreciar entre la Declaración de 2001 y la Convención de 2005, al haber reducido ésta última su proyección a la esfera de las *expresiones culturales*, por lo que «parece desligarse de la implicación con los sujetos sociales incluida en la noción de diversidad cultural para pronunciarse más bien a favor de la vinculación de esta noción con los productos culturales como un atributo de éstos»⁸⁷.

Esta circunscripción del ámbito de la Convención de 2005 a las *expresiones culturales* pudiera parecer una pequeña renuncia al alcance que la *diversidad cultural* potencialmente tenía en la esfera internacional. La falta de mención en la Convención de dos aspectos fundamentales sí recogidos en la Declaración, como son el pluralismo cultural (art. 2 de la Declaración) y la referencia expresa a derechos culturales (en su art. 4), que en la Convención han de entenderse incluidos de modo implícito, pero no explícito, suponen una reducción del campo de aplicación práctica de la *diversidad* como tal. Pero como señala Velasco Maíllo, estas renunciaciones se entienden «en la medida en que el conjunto de los principios de la Convención forman un corpus doctrinal para la gestión de los productos culturales en la globalización»⁸⁸.

En efecto, no debemos olvidar el contexto particular en que se gestó la Convención de 2005. Después del logro colectivo de haber elaborado una Declaración sobre la materia, el estrechamiento del campo en el que plantear un instrumento internacional sobre las expresiones culturales se justificaba en gran medida por la necesidad de hacer viable la

⁸⁷ VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 205.

⁸⁸ VELASCO MAÍLLO, H. M., «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas* 2014, nº 33, 208.

diversidad cultural a través de los bienes y servicios culturales en un marco de globalización creciente. Las conexiones entre globalización y desarrollo habían quedado patentes desde hacía tiempo. Muchos de los trabajos y etapas previas a la Declaración de 2001 habían centrado sus esfuerzos en convertir la cultura en un factor más del desarrollo, objetivo en el que la construcción ideológica de la *diversidad* había jugado un papel importante. En todo este tiempo, los peligros derivados de la mundialización amenazaban con estandarizar muchos hábitos de consumo, demanda, creación y producción, con el consiguiente riesgo para la supervivencia de la diversidad. La necesidad de materializar la *diversidad* a través de los elementos más tangibles de las producciones culturales venía así a cumplir un papel de salvaguardia y equilibrio en la economía internacional, encauzada, esta vez, por medio de las *expresiones culturales*. Como indica el documento de trabajo elaborado en el seno de la Unesco sobre la Diversidad Cultural, las reuniones de expertos que condujeron a la elaboración de la Convención de 2005 tenían muy claro la necesidad de respetar los principios consagrados en la Declaración, al tiempo que

Leurs travaux [...] ont eu comme objectif de faire reconnaître l'égale importance des aspects culturels et économiques du développement, la spécificité des contenus culturels et des expressions artistiques, en d'autres termes, la double nature économique et culturelle des biens et services, devant faire l'objet de la convention. A cet égard, ils ont suggéré quelques amendements sémantiques au titre de la convention, sans toutefois en modifier aucunement la portée. Le titre proposé serait: «Convention internationale sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques»⁸⁹.

A partir de la elaboración de la Convención de 2005 su contenido comienza a identificarse con la búsqueda de un equilibrio en el comercio internacional de los productos culturales⁹⁰. La idea no es por completo nueva. El Informe «Nuestra diversidad creativa» ya apuntaba a esta necesidad de equilibrio cultura-economía como uno de los desafíos de un nuevo mundo global, y señalaba:

A medida en que las industrias culturales asumen una gran importancia económica, se genera una tensión inevitable entre los objetivos esencialmente culturales y la lógica del mercado, entre los intereses comerciales y el deseo de un contenido que refleje la diversidad⁹¹.

⁸⁹ UNESCO, *L'Unesco et la question de la diversité culturelle*. París: Unesco 2004, 23: «Sus trabajos [...] tuvieron como objetivo hacer reconocer la igual importancia de los aspectos culturales y económicos del desarrollo, la especificidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas en otras palabras, la naturaleza económica y cultural de los bienes y servicios, que sean objeto de la Convención. En este sentido, se han sugerido algunas modificaciones semánticas en virtud del acuerdo, no obstante, sin cambio alguno en el alcance. El título propuesto sería: «Convención Internacional sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas» —t.p.—.

⁹⁰ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 212.

⁹¹ UNESCO, *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*, París: Unesco 1996, 41.

Por su parte, el trabajo «Cultura, comercio y globalización» elaborado dentro de la División de la Creatividad, Industrias culturales y Derecho de Autor del Sector de la Cultura de la Unesco en el año 2000⁹² trataba de plantear una serie de preguntas y respuestas sobre la relación entre bienes y servicios culturales y el sistema de libre mercado. Algunos de sus postulados resultan de gran interés por cuanto abordan la necesidad de mantener esa relación con pleno respeto a la *diversidad*:

La *diversidad cultural* se manifiesta como la expresión positiva de un objetivo general que hay que conseguir: la valoración y el apoyo a todas las culturas del mundo frente a los riesgos de un mundo uniforme. [...] Uno de los elementos claves del razonamiento reside en el reconocimiento de que los bienes y servicios culturales (libros, discos, juegos multimedia, películas y audiovisuales) no son equiparables a otras mercancías y servicios. Por lo tanto, merecen un trato diferenciado que les proteja de la estandarización comercial derivada del consumo masivo. Lógicamente esto implica, como mínimo, un tratamiento asimismo «diferente», dentro de los acuerdos que rigen el comercio internacional. Para ello, es importante construir un marco reglamentario eficaz y definir políticas culturales de estado que permitan promover y apoyar el desarrollo de las industrias culturales⁹³.

Otros aspectos que se tratan en este texto son las formas de garantizar el respeto a la *diversidad* cuando la tendencia natural del mercado amenaza la supervivencia de algunas manifestaciones culturales procedentes de mercados menos competitivos o con una industria cultural menos desarrollada. Por ello,

Es necesario llegar a un sistema de comercio internacional abierto y justo. Garantizar la diversidad cultural en el contexto de la globalización es también un imperativo político. Las industrias culturales están llamadas a competir en el mercado internacional [...] En ausencia de políticas apropiadas, gran número de países ven comprometido el acceso de sus productos culturales al mercado⁹⁴.

Este riesgo puede deberse tanto a la ausencia de un sistema de ayudas e incentivos a la creación, o la falta de experiencia de su propia industria, como por la introducción de productos extranjeros que acaparan las cuotas de consumo en detrimento de las creaciones propias. Aún admitiendo la competitividad propia del sistema y comulgando con las reglas del libre mercado, la especial naturaleza de estos bienes y servicios exige adoptar medidas al respecto. Y el texto concluye que:

⁹² Traducción al español realizada en 2002, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001300/130033so.pdf> [consultada el 27/07/2015].

⁹³ UNESCO, *Cultura, comercio y globalización: preguntas y respuestas*. París: Unesco y CERLALC 2002, 48.

⁹⁴ UNESCO, *Cultura, comercio y globalización: preguntas y respuestas*. París: Unesco y CERLALC 2002, 56-57.

En estas circunstancias, parece difícil sostener que el objetivo de desarrollo armonioso del comercio internacional de productos culturales pueda un día ser alcanzado mediante la mera autorregulación de los mercados. Hasta ahora los mercados no han demostrado ser capaces de garantizar la diversidad de la oferta, el acceso de todos y la competencia en igualdad de condiciones⁹⁵.

El estado de las ideas previas a la adopción de la Convención de 2005 parecía justificar la conveniencia de que la Conferencia General de la Unesco se hubiese decantado por esta opción de elaborar un instrumento sobre las *expresiones culturales*, frente a las otras posibilidades de contenido. La inercia de la globalización y las tensiones advertidas en la comunidad internacional acerca del tratamiento de los bienes y servicios culturales como mercancías sometidas a las reglas habituales del comercio, requerían adoptar una posición definitiva al respecto y asentar documentalmente el conjunto de principios que se desprendían de la *diversidad cultural* para paliar estos efectos del mercado. Este mismo pensamiento se recoge en uno de los considerandos de la Convención para justificar el trato diferencial a los bienes culturales: «Persuadida [la Conferencia General de la Unesco] de que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial».

Como señala el art. 3 de la Convención de 2005, su ámbito de aplicación son «las políticas y medidas que adopten las Partes en relación con la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales». Para entender esto de forma adecuada es imprescindible tomar en cuenta que la Convención parte del reconocimiento de la soberanía de los Estados y que el alcance de los objetivos que pretende, enumerados en el art. 1, requieren de la participación directa de los países, que, por medio del adecuado diseño de sus políticas culturales, den cumplimiento al fin último de la *diversidad* en el comercio de bienes y servicios culturales. La estructura del texto sigue además una lógica evidente: se enumeran los objetivos (art. 1), se encuadran dentro de unos principios (art. 2), se determina el ámbito de aplicación (art. 3), se concretan unos conceptos clave (art. 4) y a partir de ahí el articulado se centra en los derechos y obligaciones de las partes.

En lo que respecta al ámbito material de aplicación, el título de la Convención hace referencia a las *expresiones culturales*, término con un valor omnicomprendivo que, tras una lectura sistemática de los considerandos del texto, junto a la definición ofrecida en el art. 4.3 («Las “expresiones culturales” son las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural») ha de entenderse referido a todo lo que puede producir el hombre como resultado de su creatividad que guarde relación con la cultura y, por tanto, posea un valor trascendente superior e intangible. Ahora bien, esta definición, íntimamente vinculada a la noción de

⁹⁵ UNESCO, *Cultura, comercio y globalización: preguntas y respuestas*. París: Unesco y CERLALC 2002, 58.

diversidad cultural, por cuanto son los valores inmateriales y superiores ínsitos en las manifestaciones del hombre los que los hacen que esas expresiones merezcan especial atención y se conviertan en objetos vehiculares de la cultura, exige una concreción material y física para que la Convención despliegue los fines para los que fue concebida. Es decir, es necesario descender a la esfera de los productos y servicios susceptibles de comercio y portadores de valores culturales para que los objetivos de promoción y protección se materialicen. Podemos afirmar por tanto que la Convención se ocupa de proteger y promover la *diversidad cultural* que existe *en* los bienes, servicios y actividades culturales, y esto permite extraer medidas mucho más pragmáticas aplicables a casos particulares donde directamente esos bienes y servicios, y no sólo el principio general de *diversidad*, se vean amenazados, desplazados o marginados.

Como matización a este planteamiento, Bernier indica que la Convención de 2005, habida cuenta de su vinculación con la creatividad y la marcha de las industrias culturales, se centra más en los resultados del ejercicio de la creatividad en el presente que de las pasadas manifestaciones de creatividad cultural⁹⁶. Es decir, ha de ser un mecanismo de «protección y promoción» que tome en consideración el fomento de la creatividad y el resultado de su ejercicio. Esto enlaza con algunas de las ideas ya tratadas por la Unesco con anterioridad. La relación cultura-comercio abordada en el documento «Cultura, comercio y globalización» plasmaba con claridad estos pensamientos que por su importancia pasamos a reproducir:

La dificultad estriba en encontrar fórmulas apropiadas para que las normas del comercio internacional permitan abrir espacios en los que los habitantes de todo el planeta puedan crear y expresarse a través de bienes y servicios culturales, puedan elegir los que deseen adquirir o disfrutar y además puedan hacerlo en condiciones de justicia y de equidad. En definitiva, lo que está en juego es *la capacidad de creación, de expresión y de elección*.

El problema no se limita, por tanto, a la simple confrontación de intereses entre grandes países, tradicionalmente productores de bienes culturales, en su carrera por el control de la oferta cultural mundial. El problema concierne a la comunidad internacional en su conjunto y afecta principalmente a los países en desarrollo, desprovistos del necesario tejido de industrias culturales necesario para difundir la expresión de su vibrante creatividad nacional [...].

Así pues, el reto no es otro que la cohesión, presente y futura, de estas sociedades. Si, en virtud de intereses a corto plazo, dichos países renunciaran a su derecho a producir y difundir sus propios contenidos

⁹⁶ BERNIER, I., *Un aspecto importante de la aplicación de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales: el fondo internacional para la diversidad cultural*. En el portal Culture et Communications Québec, Secrétariat à la diversité culturelle 2007, 1.

culturales, no solamente actuarían en contra de sus intereses económicos (carencia de divisas, disminución de su potencial de empleo cualificado, limitación de sus ingresos de exportación, etc.) sino que además toda la humanidad se vería irremisiblemente empobrecida perdiéndose a escala mundial importantes componentes del gran mosaico de *la diversidad cultural*⁹⁷.

En definitiva, y volviendo a la idea plasmada en el epígrafe de este apartado, la relación entre *diversidad cultural* y *bienes culturales* se sustancia en que estos últimos son objetos producto de la creatividad del hombre, poseedores de un contenido cultural y, por tanto, bienes portadores de unos valores que generan *diversidad*. En palabras de la Convención de 2005 (art. 4.2), «El “contenido cultural” se refiere al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales o las expresan». Sin lugar a dudas, esta definición presenta sus propios problemas interpretativos (¿todas las creaciones artísticas transmiten los valores culturales de la sociedad en que fueron concebidas?, ¿puede entenderse que todos los servicios y actividades tienen un papel de ser portadores de un sentido simbólico?); no obstante, ha de ser considerada en el conjunto de una lectura sistemática del texto y la toma en consideración de los trabajos que antecedieron este instrumento internacional. En ese sentido, la Convención no busca entrar a discutir si unos bienes, servicios y actividades presentan un contenido cultural y otros no, sino proveer a un sistema que los tenga en consideración para hacer viable la *diversidad*. Además, partiendo de una concepción antropológica de cultura, que ya había quedado plasmada en la Declaración de 2001 y en otros informes y textos anteriores, la opción de discutir sobre el hipotético contenido cultural de ciertos bienes y servicios no se presenta como una cuestión primaria, siempre y cuando procedan de la creatividad del hombre⁹⁸. Los considerandos de la Convención partes de una idea ya asentada fuera de toda duda, que es el valor cultural que presentan los bienes, servicios y actividades.

4.2 La diversidad cultural y su actual aplicación práctica

Como hemos señalado anteriormente, la Convención tiene como objetivo primordial la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales sustanciadas en los bienes, servicios y actividades de contenido cultural. En realidad el art. 1 del texto enumera un listado más amplio de objetivos, pero un análisis del espíritu de la norma

⁹⁷ UNESCO, *Cultura, comercio y globalización: preguntas y respuestas*. París: Unesco y CERLALC 2002, 60. El resaltado es nuestro.

⁹⁸ Nos recuerda BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*. Madrid: Iustel 2011, 230, que la Unesco ha abrazado un concepto amplio (o antropológico) de cultura, y en ella se entienden incluidas, como ya se declaró en la definición recogida en Mondialcult, «las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias».

puede llevarnos a concluir que la finalidad última del instrumento se encuentra condensada en su propio título, y coincide con el apartado 1º de este artículo inicial⁹⁹.

La connotación combativa que se puede atribuir a la Convención de 2005 al ser un instrumento creado para buscar el equilibrio de la relación cultura-comercio en el mercado internacional es fruto de un proceso de trabajo que viene de lejos y en el que en repetidas ocasiones se había reflejado la necesidad de conferir a los bienes y servicios culturales un trato que los sustrajera del devenir natural del mercado¹⁰⁰. No obstante, el texto de la Convención menciona otras muchas cuestiones en las que la *diversidad* está presente y que entran dentro de su campo de aplicación. En este sentido, resultan de vital importancia los considerandos de la Convención, donde se hace mención expresa de cuestiones como:

- los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material, en particular los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos
- la libre circulación de las ideas y los intercambios y las interacciones constantes entre las culturas
- la libertad de pensamiento, expresión e información, así como la diversidad de los medios de comunicación social
- la diversidad lingüística y el papel fundamental que desempeña la educación en la protección y promoción de las expresiones culturales
- la interacción y la creatividad culturales
- la importancia de los derechos de propiedad intelectual

Algunos de estos elementos no siempre se materializan en un bien, servicio o actividad cultural concreto, pero requieren igualmente de políticas públicas que contribuyan a su protección y promoción. Esto se hace especialmente evidente cuando nos referimos a realidades no tangibles o cosificadas, como pueden ser el mantenimiento del acervo cultural de transmisión oral, la preservación de las tradiciones de grupos minoritarios, los modos de transmisión del conocimiento, no siempre plasmados por escrito ni registrados en un soporte material, o el propio valor de las lenguas o de mecanismos de comunicación no codificados. En gran medida, estos elementos no físicos están amparados por la Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio

⁹⁹ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*. Madrid: Iustel 2011, 223.

¹⁰⁰ La 30ª sesión de la Conferencia General de la Unesco, celebrada en noviembre de 1999, se hacía eco de las conclusiones del Plan de Acción resultante de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, (reunida en Estocolmo del 30 de marzo al 2 de abril de 1998), entre las que se insistía en que «los bienes y servicios culturales deben reconocerse plenamente y tratarse como mercancías diferentes de las demás», por lo que su libre circulación no debería someterse exclusivamente a las reglas del mercado internacional. Texto disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001174/117418S.pdf> [consultada el 28/07/2015].

Cultural Inmaterial de 2003¹⁰¹, que se centra en un sector que se escapa de nuestro objeto de estudio.

Pero volviendo a los considerandos de la Convención, en ellos se hace una exposición consecutiva de las vinculaciones que la *diversidad cultural* tiene con otros aspectos de trascendental importancia, muchos derivados de la máxima «la diversidad cultural constituye un patrimonio común de la humanidad que debe valorarse y respetarse en provecho de todos». A partir de este principio, se expone la conexión entre *diversidad* y:

- «las capacidades y los valores humanos, y constituye, por lo tanto, uno de los principales motores del desarrollo sostenible de las comunidades, los pueblos y las naciones»
- «es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional»
- es necesaria para «la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos»
- reafirma «la importancia de la cultura para la cohesión social en general y, en particular, las posibilidades que encierra para la mejora de la condición de la mujer y su papel en la sociedad»
- «permite a los pueblos y las personas expresar y compartir con otros sus ideas y valores»
- contribuye a «la vitalidad de las culturas para todos, especialmente en el caso de las personas pertenecientes a minorías y de los pueblos autóctonos»

La enumeración de estos campos de acción aporta una gran amplitud a las posibilidades de proyección de la diversidad. La diversidad adquiere de este modo, y en sintonía con los instrumentos que la habían abordado con anterioridad, una potencialidad nada desdeñable de ser un factor «activo» del desarrollo sostenible y de coadyuvar a la consecución de los derechos humanos, el mantenimiento de la paz mundial, la estabilidad de las relaciones internacionales y la creación de la cultura propia en un contexto de respeto y protección.

Por lo que respecta a la aplicación actual de la diversidad, uno de los principales usos que se le ha dado se centra en el reconocimiento, protección y promoción de lenguas minoritarias, y su vinculación con la esfera educativa, lo que la conecta directamente

¹⁰¹ BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2007, páginas 5242 a 5248 (BOE-A-2007-2382).

con elementos del Patrimonio cultural inmaterial. En este sentido, el ámbito potencial de aplicación se identifica con países en cuyo territorio se encuentran grupos de población indígena con una cultura propia definida y en peligro de desaparecer.

Podemos citar como ejemplo el caso de Colombia, que ha sustentado en el texto de la Convención la aprobación de la Ley 1381 de 2010 y el Decreto n° 1003 de 2012¹⁰², por la que se modifican algunos puntos de su Constitución Política y de la Ley 21 de 1991 por la que se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes. Además, se mencionan medidas concretas para proveer a la producción de materiales escritos, sonoros y audiovisuales en lenguas nativas, contribuir a su distribución y acceso, y facilitar su producción, especialmente en el ámbito educativo.

Resulta de gran valor aclaratorio el texto introductorio al boletín informativo de distribución de la Convención de 2005 y las modificaciones legislativas derivadas, escrito por Gabriel Muyuy¹⁰³, que justifica las modificaciones realizadas en las normas citadas sobre la base de una toma de conciencia del país de su riqueza indígena y la idea de «construir democracia desde la perspectiva del conocimiento y reconocimiento de la diversidad cultural, sin perder de vista la conciencia de la singularidad de la cultura propia, compromete a la sociedad en su conjunto, y a los diversos procesos y sectores que la conforman en una misma apuesta».

Otro ejemplo es el de Chile, que ha realizado un informe de sus políticas culturales 2005-2010 a la luz del texto de la Convención para ofrecer propuestas de cambio constructivas, especialmente en el aspecto de facilitar el acceso a los productos culturales del país, con particular atención a las lenguas indígenas¹⁰⁴. En la parte final del informe se exponen una serie de conclusiones sobre el alcance y grado de cumplimiento de las políticas culturales llevadas a cabo por Chile en esos cinco años, y entre los distintos puntos se puede destacar el siguiente:

Podemos decir que uno de los campos de respuesta más pertinentes desde la Política Cultural hacia la Convención se refiere a las medidas referidas a los pueblos originarios. Es el caso de las medidas 40, 41 y 42 vinculadas a la formación de un catastro de hablantes, la creación de Academias de Lenguas Originarias y los recursos para la conservación del patrimonio de los pueblos originarios y el apoyo a sus prácticas.

¹⁰² Texto disponible en: <http://www.vicepresidencia.gov.co/Programas/Documents/121207-LEY-DE-LENGUAS.pdf> [consultada el 28/07/2015].

¹⁰³ Se ha creado la colección «Cuadernos de Legislación y pueblos indígenas de Colombia» por iniciativa del Programa Presidencial para la Formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Colombia, dependiente del Ministerio de Cultura de Colombia, en la que se publican aquellos textos de contenido jurídico que indiquen sobre las comunidades indígenas, como es el caso.

¹⁰⁴ Informe accesible en: <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2012/07/La-Politica-Cultural-2005-2010-y-los-compromisos-de-la-Convencion-Unesco-2005.pdf> [consultada el 28/07/2015].

Este es sólo un ejemplo de las medidas concretas que el Gobierno chileno ha llevado a cabo a la luz de los compromisos adquiridos tras la ratificación de la Convención de 2005.

III. Alcance de la Convención de la Unesco de 2005

1. Ámbito de aplicación teórico (y potencial)

Los ejemplos de aplicación de la Convención de la Unesco de 2005 que acabados de citar se proyectan sobre aspecto del patrimonio cultural inmaterial que, muy frecuentemente, es uno de los más necesitados de protección. La potencialidad que adquiere de este modo la *diversidad cultural*, como elemento en el que sustentar la protección y promoción de este patrimonio, se ha puesto ya en evidencia. No obstante, es indudable que la Convención de 2005, aunque surgida en un contexto muy particular de configuración de las relaciones entre cultura y comercio, ha nacido con unas expectativas mayores. Aunque trataremos algunos de estos aspectos en los epígrafes finales del estudio, cabe ahora preguntarse en qué otros sectores la *diversidad* está llamada a desplegar efectos.

La pretensión con la que ha nacido la Convención de 2005 es la de promover y proteger la diversidad de las expresiones culturales¹⁰⁵. Su título es explícito a este respecto y el conjunto de su articulado, si bien está íntimamente conectado con multitud de principio de Derecho internacional, no arroja otra idea. Ahora bien, el poder de cambio de un principio con tanto alcance como el de *diversidad* está aún por analizar.

En mayo de 2010 la UE encargó a Germann Avocats un estudio titulado «Aplicación en la UE de la Convención de la Unesco de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales»¹⁰⁶. El alcance de este estudio no se limita a analizar el conjunto de políticas culturales planteadas y ejecutadas por la UE y su grado de cumplimiento en relación con la Convención de 2005, sino que entra a analizar el valor jurídico del texto, sus debilidades internas e incluso el alcance de sus verdaderos objetivos. En relación con el ámbito de aplicación de la Convención, que acabamos de citar, el documento lo pone en entredicho habida cuenta de la falta de unanimidad en la doctrina y el contenido de su articulado. El uso en el texto de los términos «expresiones culturales» y «actividades, bienes y servicios culturales» por separado, sin que se haya

¹⁰⁵ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 122; DONDEERS, Y. (2012) «Cultural Rights and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions. Included or Ignored?», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 176; BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 220.

¹⁰⁶ Se trata de un estudio elaborado a instancias del Comité de Cultura y Educación del Parlamento Europeo. Para más información sobre el grupo de investigación y sus publicaciones, véase <http://www.diversitystudy.eu/team.htm> [consultada el 28/07/2015].

dado a entender nunca que exista una identidad entre estos conceptos lleva al informe a concluir que la Convención debe ser interpretada en un sentido más amplio, y no en uno restringido, como parece seguir gran parte de la doctrina. Además, la aplicación de varias reglas hermenéuticas contenidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁰⁷ conducen a la idea de que el sentido propio de este texto no es limitarse a tratar la diversidad cultural de las expresiones culturales, sino abarcar un campo mucho más amplio de actuación del que tienen las simples actividades, productos y servicios culturales para proyectarse sobre los Derechos Humanos, las libertades fundamentales y las políticas estructurales¹⁰⁸.

Este estudio trata además otros aspectos en los que la diversidad puede llegar a jugar un papel fundamental. Cita el caso del genocidio cultural, situación habitual en el contexto de enfrentamientos sociales que derivan en conflictos bélicos, y en los que la destrucción de la identidad cultural suele ser el primer paso hacia un posterior genocidio físico de las poblaciones. Los Estados que atiendan a la salvaguardia de la diversidad en sus territorios están avanzando hacia la erradicación de cualquier brote de genocidio cultural, antítesis de la diversidad¹⁰⁹.

Además, la Comisión Europea ha elaborado en 2010 el Libro Verde «Liberar el potencial de las industrias culturales y creativas»¹¹⁰, en el que trata de plantear propuestas de mejora de los intercambios de expresiones culturales y creativas y de productos y servicios de las industrias culturales comunitarias con terceros Estados. Es de destacar que el marco que rige las disposiciones de intercambio y comercio cultural es la Convención de la Unesco de 2005¹¹¹. Esto pone de manifiesto el perfecto acomodo que encuentra la Convención para tratar cuestiones relativas al comercio de productos y servicios culturales. En esta esfera de acción, hacia la garantía de una mayor diversidad en la oferta de productos al público y en la posibilidad de acceso que se permite a creaciones diferentes, se evidencia el casi monopolio de ciertas industrias culturales, particularmente la norteamericana¹¹². Aquí la *diversidad cultural* puede jugar un importante papel de equilibrio en el acceso al mercado de otras creaciones culturales distintas a las auspiciadas por una potente estructura económica que cuenta con los recursos para copar los canales de distribución.

¹⁰⁷ BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980, páginas 13099-13110.

¹⁰⁸ GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 93.

¹⁰⁹ GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 30.

¹¹⁰ De 27 de abril de 2010. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0183:FIN:ES:PDF> [consultada el 23/08/2015].

¹¹¹ GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 49.

¹¹² GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 50.

Por otro lado, la Convención introduce cuestiones que todavía están pendientes de ser concretadas, como cuál es el papel de la sociedad civil en el cumplimiento de la Convención de 2005, cuando el texto expresamente prevé su participación en el art. 11: «Las Partes reconocen el papel fundamental que desempeña la sociedad civil en la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Las Partes fomentarán la participación activa de la sociedad civil en sus esfuerzos por alcanzar los objetivos de la presente Convención». El Estudio de la UE aporta como ejemplo a seguir el caso de Suiza, donde la Coalición Nacional para la Diversidad Cultural y la Comisión suiza de la Unesco publicó, en octubre de 2009, el informe «La diversité culturelle – plus qu'un slogan», con propuestas para la aplicación de la Convención de la Unesco en las que se ha considerado a la sociedad civil¹¹³.

La principal debilidad que se advierte en la Convención de 2005 es la ausencia de obligaciones de forzoso cumplimiento¹¹⁴ y la imposibilidad de ser alegada directamente en los tribunales¹¹⁵. Estas características, unidas al carácter «interpretable» de muchos de sus términos y a la ausencia de un órgano que tenga encomendada la resolución de controversias, puede resultar en un texto poco operativo¹¹⁶. La solución propuesta por el estudio de la UE es que se potencie el papel de la sociedad civil en el cumplimiento del texto y el recurso a medios de resolución de conflicto extrajudiciales, de modo que tengan mayor flexibilidad en la aplicación de sus disposiciones y sea más fácil generar pautas de respuesta, especialmente en los campos de Derechos Humanos, propiedad intelectual y defensa de la competencia¹¹⁷.

2. Relación actual de la Convención de 2005 con otros tratados internacionales

Lo importante de cara al futuro es evaluar los efectos que la proclamación de la diversidad cultural como principio de derecho internacional tiene con respecto a los tratados firmados con anterioridad a su entrada en vigor, cuestión harto complicada puesto que la Convención se sitúa, de acuerdo con su propia redacción, en una posición de igualdad y no subordinación con respecto a los acuerdos internacionales

¹¹³ GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 45, pone a disposición el informe suizo en el siguiente enlace: <http://www.diversiteculturelle.ch/visio.php?en,0,0>, [consultada el 23/08/2015].

¹¹⁴ GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 91; BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 122.

¹¹⁵ GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 91.

¹¹⁶ GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 91.

¹¹⁷ GERMANN AVOCATS, *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, www.diversitystudy.eu 2010, 92.

preexistentes, y solo determina la necesidad de que estos sean interpretados en un sentido favorable a propiciar el respeto de los principios consagrados en la Convención (véase su art. 20).

2.1. La Convención de 2005 en el contexto de Derecho Internacional y la OMC

Aunque no es el objeto principal de este estudio, no podemos dejar de mencionar someramente la relación de la Convención de 2005 con los acuerdos de la OMC, instrumentos con los que los posibles conflictos parecen más plausibles, dado su ámbito de aplicación y el contexto en que se gestó este instrumento. Además, la respuesta dada a un caso de conflicto que se ha planteado puede orientar las futuras respuestas en otros supuestos similares que se planteen.

La Convención de 2005 no contiene mención alguna a la OMC, aunque algún autor, como Bianco, señala que «habría sido recomendable incluir una cláusula que tratara directamente la relación con la OMC, para proporcionar coherencia en este respecto»¹¹⁸. Los medios de resolución de los posibles conflictos deben valerse de las herramientas contenidas en uno y otro documentos, en términos de complementariedad.

Esta complementariedad supone un esfuerzo por modular los términos o disposiciones en conflicto siguiendo una línea interpretativa desde la óptica de la diversidad cultural. En este sentido, Bianco apunta la posibilidad de que se emplee la Convención para aclarar las excepciones a las reglas generales de la OMC, en lo que respecta, por ejemplo, al trato nacional o al de la nación más favorecida¹¹⁹. También podría aplicarse para amparar el mantenimiento de las excepciones permitidas por el GATT y el GATS para adoptar medidas proteccionistas de determinados sectores. La duración de estas medidas atendiendo a su naturaleza de «excepción», sólo podrían mantenerse durante 10 años según los acuerdos; pero podría ampararse su extensión temporal con apoyo en el art. 21 de la Convención, según el cual «Las Partes se comprometen a promover los objetivos y principios de la presente Convención en otros foros internacionales»¹²⁰.

¹¹⁸ BIANCO, G., «La Convención Unesco sobre la diversidad cultural y la OMC: ¿conflicto o complementariedad?», Portal *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa* 2011.

¹¹⁹ El Artículo II del GATS regula el régimen del «Trato de la nación más favorecida» (apdo. 1º: «Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país») y el Artículo XVII el del «Trato nacional» (apdo 1º: «En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares»).

¹²⁰ BARREIRO CARRIL, B. (2011), «La interacción entre el Convenio de 2005, el régimen del comercio internacional y los procesos de integración», en C. M. DÍAZ BARRADO y C. R. FERNÁNDEZ LIESA (dirs.), *La Unesco y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*, Madrid: Universidad Carlos III, 170.

De hecho, se ha producido un caso de recurso a esta posibilidad por parte de China, que quiso ampararse en el Artículo XX.a) del GATT para establecer una serie de medidas de restricciones al comercio de materiales de lectura, productos audiovisuales de esparcimiento doméstico, grabaciones sonoras y películas para su proyección en sala, impuestas a las empresas chinas de titularidad estatal, lo que a juicio de EE.UU. suponía la contravención de los compromisos asumidos por China al adherirse a los Acuerdos reguladores de la OMC sin que en esa adhesión hubiera hecho reserva de ningún tipo. China se amparó en la cláusula alusiva a la protección de la moral pública del Artículo XX.a) del GATT porque «Los productos culturales tienen una repercusión importante en la moral individual y social, como se subraya en particular en la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales»¹²¹. No obstante, la pretensión de amparo en una excepción de esta naturaleza debe justificarse en razones de necesidad¹²² y demostrarse el supuesto perjuicio a la moral. En efecto, EE.UU. no impugnó estas medidas por el motivo de pretender proteger la moral pública, sino porque la nota de *necesidad* no había quedado acreditada. Por su parte Australia, Corea y Japón¹²³ indican que el recurso a la Convención de la Unesco está fuera de lugar y que se estaba contraviniendo su art. 20.2. Stoll indica a este respecto que el fracaso en el uso de este argumento reside en que China no invocó directamente la vulneración de la Convención de 2005 por menoscabo de la diversidad cultural, sino que empleó el texto como sustento de su excepción por razón de «moral pública», lo que en definitiva implicaba atenerse a los mecanismos propios del GATT¹²⁴.

2.2. El artículo 20 de la Convención de 2005 y la relación con otros instrumentos internacionales

La Convención de 2005 parte de una situación de igualdad y no subordinación con respecto a otros tratados internacionales con los que puede entrar en conflicto. A diferencia de otras Convenciones, que claramente establecen su no contradicción a otros textos, de modo que, en caso de enfrentamiento, han de ceder frente a la aplicación del otro instrumento, la de 2005 no sigue esta misma pauta. Así, el art. 20 de la Convención

¹²¹ BARREIRO CARRIL, B. (2011), «La interacción entre el Convenio de 2005, el régimen del comercio internacional y los procesos de integración», en C. M. DÍAZ BARRADO y C. R. FERNÁNDEZ LIESA (dirs.), *La Unesco y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*, Madrid: Universidad Carlos III, 178. Vid. punto 4.108 del Informe del Grupo Especial (WT/DS363/R) en el caso «China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento».

¹²² Punto 7.748 del Informe «China, como parte que invoca una excepción al amparo del apartado a) del artículo XX está obligada a demostrar, en primer lugar, que las medidas pertinentes están comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado a) del artículo XX y, en segundo lugar, que estas medidas cumplen los requisitos del preámbulo del artículo XX».

¹²³ Los puntos donde podemos hallar estos argumentos en el Informe del Grupo Especial son los siguientes: 4.207 (EE.UU.); 5.13 (Australia); 5.49 (Japón) y 5.61 (República de Corea).

¹²⁴ STOLL, P.-T. (2012) «Article 20. Relationship to Other Treaties: Mutual Supportiveness», en S. VON SCHORLEMER y P.-T. STOLL (eds.), *The Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*, Springer Berlin Heidelberg, 535.

de 2005, cuya rúbrica es «Relación con otros instrumentos: potenciación mutua, complementariedad y no subordinación», dispone:

1. Las Partes reconocen que deben cumplir de buena fe con las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Convención y de los demás tratados en los que son Parte. En consecuencia, sin subordinar esta Convención a los demás tratados:

a) fomentarán la potenciación mutua entre la presente Convención y los demás tratados en los que son Parte;

b) cuando interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan otras obligaciones internacionales, tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención.

2. Ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones de las Partes que emanen de otros tratados internacionales en los que sean parte.

La redacción de este precepto fue uno de los más problemáticos en el curso de las reuniones de trabajo para la elaboración de la Convención¹²⁵. Más allá de las dificultades derivadas de la confección de un instrumento con un contenido nuevo cuya aplicabilidad se proyectaba sobre sectores especialmente sensibles al comercio, amenazando con restringir la liberalización del mercado en aras de la protección de la diversidad cultural, el tema de las relaciones con otros textos internacionales se presentaba como la cuestión clave en esta problemática¹²⁶, pues podía decantar las respuestas en un sentido u otro según cómo se configurasen esas relaciones. Las tensiones entre los países partidarios de liberalizar al máximo el mercado internacional, sin hacer distinciones sobre los servicios y productos culturales por razón de su especial naturaleza, frente a los que abogaban por ampararse en la diversidad cultural para poder frenar a esta creciente liberalización que amenazaba la pervivencia de sus manifestaciones culturales, sólo pudo hallar una respuesta de compromiso y consenso de última hora¹²⁷. La pretensión de los primeros era que quedara claramente estipulado

¹²⁵ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 181, y BARREIRO CARRIL, B., «Article 20 of the Unesco Convention on Cultural Diversity: its use for promoting respect for Cultural Diversity in WTO Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2014, Vol. 6, nº 1, 111.

¹²⁶ NEUWIRTH, R. J. (2012), «The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Critical Analysis of the Provisions», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 63.

¹²⁷ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 117; BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 198.

que, en caso de conflicto con otros textos, la Convención no podría tener prioridad, particularmente los emanados por la OMC¹²⁸.

La solución adoptada ofrece una redacción peculiar, con un lenguaje elaborado y hasta atípico en un texto de esta naturaleza, que trata de ofrecer acomodo a ambas posturas contrapuestas. Bernier señala que de una lectura de ambos párrafos se deduce claramente que el segundo es una respuesta a las preocupaciones sobre el tratamiento del mercado por parte del grupo minoritario, y que el primero obedece a las inquietudes del grupo mayoritario¹²⁹.

La solución ofrecida toma como punto de partida el tratamiento de la Convención de 2005 en una posición de absoluta igualdad con respecto a otros tratados¹³⁰. El deber de cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas con la ratificación del texto expresado en el punto 1 del precepto no es más que la reafirmación de un principio básico en el Derecho internacional: el cumplimiento de las compromisos internacionales asumidos con la firma de los tratados (*pacta sunt servanda*, recogido en el art. 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). No obstante, esta reafirmación se completa con una serie de pautas que contribuyen a perfilar el modo en que esa obligación debe llevarse a cabo: en primer lugar, teniendo en cuenta la no subordinación de la Convención respecto de otros instrumentos; en segundo lugar, sobre la base de una relación de cooperación y potenciación recíprocas entre todos los tratados ratificados por las partes; y en tercer lugar, tomando en consideración las previsiones de la Convención cuando las partes interpreten o apliquen los tratados ya ratificados o asuman otros compromisos en instrumentos de nueva ratificación¹³¹.

De este primer párrafo se deduce una actitud proactiva que los Estados parte han de observar en la aplicación y coexistencia de los tratados que hayan ratificado, es decir, han de hacer esfuerzos mutuos por conciliar los instrumentos firmados. Además, la mención de la letra b) viene a confirmar este planteamiento, al exigir que los Estados parte «tengan en cuenta» las disposiciones de la Convención en su aplicación, interpretación y asunción de nuevas obligaciones derivadas de otros tratados. El alcance que haya de atribuirse a la expresión «tener en cuenta» ha sido problemático. Bernier

¹²⁸ NEUWIRTH, R. J. (2012), «The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Critical Analysis of the Provisions», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 63.

¹²⁹ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 117.

¹³⁰ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 119.

¹³¹ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 118.

señala que no se trata de una obligación sustantiva, sino procedimental, lo que puede conducir a invalidar un determinado proceso de toma de decisión si no se observa esta premisa¹³². Por su parte, Barreiro Carril indica que la vaguedad de estos términos es lo que produce incertidumbre, no obstante, la lectura sistemática del precepto conduce a la idea de que la «toma en cuenta» ha de traducirse en un esfuerzo de conciliación, para permitir además la no modificación de otras obligaciones previas y el principio de no subordinación¹³³. A su vez, Bernier añade que una buena forma de interpretar este apartado es ponerlo en relación con el art. 21 de la Convención, referido a las consultas y deberes de coordinación que los Estados se comprometen a realizar para hacer viable el fin último de la diversidad en otros foros internacionales¹³⁴.

El punto 2 del art. 20 establece que las disposiciones de la Convención no han de interpretarse como una modificación de los compromisos previamente adquiridos por las partes a través de otros tratados que hubieran ratificado. La articulación de este segundo punto junto con el principio de no subordinación del primero parece definir la Convención como un instrumento que va «en ambas direcciones»¹³⁵, por cuanto no puede contradecir las obligaciones previamente adquiridas pero tampoco se declara subordinado a ellas. De acuerdo con el art. 30.2 del Convenio de Viena «Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último», sin embargo, estos no son los términos en los que se expresa el art. 20.2 de la Convención de la Unesco, que no hablan de subordinación ni de incompatibilidad. Lo que establece este precepto en la *no modificación* de otras obligaciones asumidas, situación en la que la Convención deberá ceder frente a otros instrumentos, pero esto es distinto de establecer una situación directa de subordinación¹³⁶. Además, el contenido de este apartado se ha interpretado como aplicable *pro futuro*, es decir, desde la entrada en vigor de la Convención en adelante con respecto a los futuros compromisos asumidos por los Estados parte, idea que parece reafirmarse en el art. 21¹³⁷.

¹³² BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 119.

¹³³ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 301.

¹³⁴ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 120.

¹³⁵ BARREIRO CARRIL, B., «Article 20 of the Unesco Convention on Cultural Diversity: its use for promoting respect for Cultural Diversity in WTO Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2014, Vol. 6, nº 1, 111.

¹³⁶ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 119.

¹³⁷ NEUWIRTH, R. J. (2012), «The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Critical Analysis of the Provisions», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the*

Uno de los puntos débiles de la Convención en relación con otros instrumentos (como los acuerdos de la OMC) es la casi total ausencia de obligaciones de forzoso cumplimiento, así como la falta de mecanismos que fueren a su observancia con imposición de sanciones¹³⁸. A este respecto algún autor plantea que cabe cuestionarse la conveniencia de que las disposiciones provenientes de la OMC tengan tanta relevancia, cuando se trata de una organización cuyos fundamentos se basan en una aproximación a los elementos regulables desde una perspectiva puramente económica y comercial; y, además, puede afirmarse que la coacción no es el único mecanismo de dar cumplimiento a una convención, particularmente en el campo de la cultura¹³⁹.

Conviene tener presente que el contexto particular en que se gestó la Convención de la Unesco de 2005 intentaba conciliar la tensión existente entre cultura y comercio, tensión que se concretaba en el tratamiento que los productos y servicios culturales debían recibir en el mercado internacional, asunto en torno al cual había claramente dos posturas contrarias, como hemos visto. Este contexto concreto justifica en gran medida la solución adoptada en el texto final, y es adecuado recordar que en el proceso de elaboración llegaron a defenderse redacciones en las que la Convención podría tener primacía sobre otros instrumentos, en un intento por buscar un mecanismo de oposición a los compromisos de liberalización de los mercados asumidos por países que no habían establecido las excepciones oportunas conforme a las premisas del GATT¹⁴⁰. En este sentido, Stoll afirma que el art. 20 de la Convención trata de interactuar entre las normas de la Convención y las de la OMC, pero no tanto para cambiar las pautas de interpretación de las disposiciones de la OMC, sino que sus previsiones pueden tener impacto a futuro en la elaboración de nuevos tratados¹⁴¹.

En torno a esta cuestión de la conciliación de la Convención con los acuerdos preexistente de la OMC la doctrina ha ido señalando posibles vías de interpretación complementaria entre los textos a fin de lograr una convivencia armónica entre todos ellos, si bien la materia relativa a la diversidad cultural está todavía por desarrollar debido al carácter relativamente reciente de la Convención y la falta de planteamiento hasta el momento de un número relevante de conflictos directos con relación a la materia cultural. En cualquier caso, Bernier y Ruiz Fabri, en un documento preparatorio anterior a la aprobación de la Convención, ya indicaban que este texto no puede

Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 66.

¹³⁸ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 122.

¹³⁹ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 123.

¹⁴⁰ BARREIRO CARRIL, B., *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*, Madrid: Iustel 2011, 181.

¹⁴¹ STOLL, P.-T. (2012) «Article 20. Relationship to Other Treaties: Mutual Supportiveness», en S. VON SCHORLEMER y P.-T. STOLL (eds.), *The Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*, Springer Berlin Heidelberg, 520.

provocar con respecto a las disposiciones provenientes de la OMC más que un efecto indirecto, y razonan del modo siguiente:

Parce qu'il n'est pas élaboré au sein de l'OMC, parce qu'on ne peut escompter qu'il lie l'ensemble des États membres de l'OMC et que son éventuelle conclusion et entrée en vigueur seront en toute hypothèse postérieure à celles des Accords de Marrakech, l'instrument est inapte à remettre en cause ou modifier le droit de l'OMC existant. Ainsi, un État ne pourrait se prévaloir de l'instrument pour justifier le non-respect d'une de ses obligations au titre du droit de l'OMC. Un changement des obligations ne peut venir que de l'intérieur. En d'autres termes, on ne peut espérer imposer une 'exception' ou une 'spécificité' culturelle de l'extérieur. Tout changement de ce type ne peut venir que de négociations internes à l'OMC¹⁴².

Precisamente la inclusión de este artículo 20.2, más allá de los motivos inmediatos por los que se acabó incorporando al texto, plantea la cuestión de si estamos o no ante una cláusula de conflicto, tema que surge por la propia operatividad de estas disposiciones, pues existe una respuesta de conflicto ya incorporada en el Convenio de Viena de 1969¹⁴³. Stoll afirma que estamos ante una cláusula de conflicto que sigue la pauta generalizada de las últimas Convenciones que potencialmente pueden entrar en conflicto con los acuerdos de la OMC (por ejemplo, el art. 311 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 1982¹⁴⁴, o el art. 22 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992¹⁴⁵) que tienden a establecer una relación con otros tratados en términos de potenciación mutua y no subordinación¹⁴⁶.

No obstante, hay que tener en cuenta un punto de trascendental relevancia, y es que los posibles conflictos entre la Convención de 2005 y otros tratados serán muy excepcionales, no sólo por el carácter no forzoso de sus disposiciones¹⁴⁷, sino también

¹⁴² BERNIER, I. y RUIZ FABRI, H. «Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle». *Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle. Bibliothèque nationale du Québec* 2002, 38. «Debido a que no se ha elaborado en el seno de la OMC, porque no podemos esperar que una a todos los Estados Miembros de la OMC y que su eventual conclusión y entrada en vigor serán en cualquier caso posterior a las de los Acuerdos de Marrakech, el instrumento no es apto para cuestionar o cambiar el derecho existente de la OMC. Por lo tanto, un Estado no podría ampararse en el instrumento para justificar el incumplimiento de una de sus obligaciones en virtud del derecho de la OMC. Un cambio de las obligaciones sólo puede venir desde el interior. En otras palabras, no podemos esperar imponer una 'excepción' o una 'especificación' cultural desde el exterior. Cualquier cambio de este tipo sólo puede venir de las negociaciones internas de la OMC» —t.p.—.

¹⁴³ BARREIRO CARRIL, B., «Article 20 of the Unesco Convention on Cultural Diversity: its use for promoting respect for Cultural Diversity in WTO Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2014, Vol. 6, nº 1, 109.

¹⁴⁴ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997, páginas 4966 a 5055 (BOE-A-1997-3296).

¹⁴⁵ BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1994, páginas 3113 a 3125 (BOE-A-1994-2193).

¹⁴⁶ STOLL, P.-T. (2012) «Article 20. Relationship to Other Treaties: Mutual Supportiveness», en S. VON SCHORLEMER y P.-T. STOLL (eds.), *The Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*, Springer Berlin Heidelberg, 521.

¹⁴⁷ BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on*

porque su contenido no se opone abiertamente al de otros instrumentos. En definitiva, los supuestos de conflicto directo requieren que estemos ante una misma materia objeto de regulación por dos tratados diferentes en los que el cumplimiento de las disposiciones de uno u otro conduzcan a resultados enfrentados. Así, partiendo de la no subordinación, de la potenciación recíproca y de la no modificación, los términos de la Convención de la Unesco podrían servir para reinterpretar el alcance de las disposiciones de otros instrumentos, como Stoll señala en relación con los acuerdos de la OMC¹⁴⁸.

Lenzerini¹⁴⁹ se plantea la posibilidad de un conflicto potencial entre la Convención de 2005 y la Convención de la Unesco sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de 1972¹⁵⁰. Dado que esta Convención de 1972 funciona mediante un sistema de listas de bienes que sean clasificados como *patrimonio cultural* o *natural* por los Estados parte, no parece haber duda de que dichos bienes entran dentro del concepto de productos y servicios culturales que maneja la Convención de 2005. El conflicto podría surgir cuando por razón del deber de preservar la integridad original de los bienes integrantes de ese patrimonio cultural, como establece la Convención de 1972, se prohíban modificaciones en esos bienes que respondan al uso actual que se hace de ellos por los colectivos que los siguen disfrutando y desarrollando en ellos su cultura propia. ¿Debería impedirse tal modificación por la Convención de 1972 o permitirse, para dar cauce a una diversidad cultural presente conforme a la Convención de 2005? En opinión de este autor, este problema puede resolverse mediante una reinterpretación del deber de «conservación» previsto en la Convención de 1972 a la luz del concepto de *diversidad cultural*. En este sentido, tal obligación de conservación ha de interpretarse en un modo dinámico, de forma que no coarte la evolución cultural de las comunidades que introducen modificaciones en los bienes, en los que se ve reflejada su propia identidad como colectivo; pero sin permitir modificaciones drásticas que priven al bien de su valor simbólico y superior primigenio, por mucho que esté sometido a múltiples usos a lo largo del tiempo. De este modo, se llega a un equilibrio en la convivencia de ambos instrumentos¹⁵¹.

Este mismo planteamiento puede surgir con respecto a los instrumentos internacionales que tratan el tráfico ilícito de bienes culturales. Como veremos en los siguientes apartados, los tres instrumentos fundamentales que establecen medidas de restitución de

the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 122.

¹⁴⁸ STOLL, P.-T. (2012) «Article 20. Relationship to Other Treaties: Mutual Supportiveness», en S. VON SCHORLEMER y P.-T. STOLL (eds.), *The Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*, Springer Berlin Heidelberg, 536.

¹⁴⁹ LENZERINI, F. (2012) «The 1972 World Heritage Convention and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 140.

¹⁵⁰ BOE núm. 156, de 1 de julio de 1982, páginas 17883 a 17887 (BOE-A-1982-16404).

¹⁵¹ LENZERINI, F. (2012) «The 1972 World Heritage Convention and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 141.

bienes culturales en tiempos de paz siguen un esquema de definición de su objeto que encaja dentro de la consideración de productos y servicios culturales que realiza la Convención de 2005. Si bien los potenciales conflictos serán excepcionales, por cuanto todos estos tratados abordan la consideración de bienes culturales desde una óptica global, respetuosa de la diversidad, sí puede haber supuestos de enfrentamiento. Pensemos en el caso de un bien cultural que no entra dentro del campo de aplicación del Convenio de Unidroit porque no se acomoda a las categorías de bienes de su anexo y, en consecuencia, no procederá ordenar su devolución. ¿Puede entenderse que en el caso de una reclamación de restitución de dicho bien el Convenio Unidroit está contraviniendo la Convención de 2005, por cuanto, por razón del respeto a la diversidad y el valor identitario de ese bien, debería ordenarse su retorno al país de origen? En este caso el conflicto no surgiría propiamente, porque a falta de aplicación del Convenio Unidroit, siguen vigentes las reglas generales de Derecho internacional privado para articular la reclamación.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 de la Convención de la Unesco, no cabe duda de que la interpretación de los diferentes tratados en los que los Estados sean parte deberá hacerse a la luz del concepto de *diversidad cultural*. En este sentido, la influencia de esta idea ha surtido efectos en la expansión de la noción de bienes culturales y en su tratamiento más omnicompreensivo e incardinado en el conjunto de derechos que surgen del tratamiento de la *cultura* en la esfera internacional.

Queda por determinar el sentido propio que vaya a darse al compromiso de *potenciación mutua, conciliación y complementariedad* que la doctrina entiende como forma correcta de interpretar este precepto. El hecho de que hasta ahora no hayan surgido conflictos directos al respecto deja en un mar de dudas las posibles respuestas. A la hora de resolverlas, posiblemente cobre relevancia la función encomendada por la Convención al Comité Intergubernamental previsto en su art. 23, que tiene asignadas funciones interpretativas y consultivas, quien habría de velar por la asignación de un sentido adecuado a los términos jurídicos presentes en otros tratados internacionales a fin de que no vulneren el principio de diversidad cultural.

IV. La cuestión del tráfico internacional de bienes culturales

1. Planteamiento inicial

En torno al tráfico internacional de bienes culturales siempre han surgido una serie de cuestiones que ponen en evidencia la existencia de dos teorías contrapuestas acerca de cómo abordar la circulación y el comercio de esta clase de bienes: el *nacionalismo cultural* y el *internacionalismo cultural*. Antes de entrar en consideraciones sobre ambas posiciones, es necesario explicar el contexto en que estas teorías se originaron y comprender las premisas básicas que plantean un *statu quo* determinado sin el cual ninguno de estos postulados sería factible.

En efecto, ambas doctrinas parten de una concepción respecto de la circulación de bienes culturales en que se admite, de forma casi universal, que el expolio, el pillaje, el robo, la apropiación, la ocupación o la destrucción en tiempos de guerra, la venta ilícita, el mercado negro o la destrucción de esta clase de bienes son actos reprobables que los Estados deben combatir, perseguir y procurar evitar. El inciso «de forma casi universal» hace referencia a que aún a día de hoy hay Estados que o bien no han ratificado muchas de las convenciones que aprueban medidas de lucha contra estos actos, o bien que, habiéndolas ratificado, no las cumplen, o bien siguen manteniendo una postura contraria a algunas de sus premisas por no compartir plenamente sus postulados. A pesar de ello, la incidencia de estas discrepancias no alcanza a enturbiar el panorama actual y el sentir común de que estos actos resultan perjudiciales y censurables. Sin embargo, como sabemos, esto no ha sido siempre así. La historia humana y jurídica demuestra que el punto actual en que se encuentra el debate es fruto de un largo proceso evolutivo que pone de manifiesto un cambio de mentalidad en torno a esta cuestión. Haremos a continuación una exposición sintética de este proceso porque no es nuestro cometido en este foro ahondar en este proceso, por otro lado tratado de forma magistral por otros autores, sino transmitir los cambios en el trasfondo conceptual que empapa esta problemática.

1.3. Nacionalismo cultural vs. Internacionalismo cultural

Como adelantábamos al inicio de esta sección, las teorías del *nacionalismo cultural* y el *internacionalismo cultural* responden a dos concepciones divergentes acerca del tratamiento y comercialización de los bienes culturales. Perfilando un poco más esta afirmación, cabe señalar que ambas posiciones parte de una concepción consensuada sobre el valor de esta clase de bienes, esto es, ambas consideran la importancia del patrimonio cultural y su carácter portador de valores transcendentales y simbólicos que los conectan con la capacidad de creación del hombre y del colectivo en que esos objetos fueron producidos. La diferencia radica en la estimación que se hace sobre la relación de esos bienes con la nación en que se crearon o elaboraron. Así, para el *nacionalismo cultural* esta clase de bienes forman parte de un patrimonio cultural propio, conectado con su propia evolución histórica, su cultura identitaria y su desarrollo como nación, de modo que estos objetos «pertenecen» al Estado en que han sido creados porque son transmisores de un carácter nacional y de unos valores que los vinculan al país de procedencia. Por el contrario, para el *internacionalismo cultural*, ese nexo con el país de origen carece de relevancia. Lo importante es que esos bienes constituyen una manifestación cultural, común a toda la humanidad, y en ese sentido todas las naciones se benefician de su existencia, conservación, difusión y conocimiento, cualquiera que hubiese sido la nación en que se hayan producido o creado.

El punto de interés para ambas teorías no reside en la propiedad de los bienes y tampoco necesariamente sobre su ubicación en cada momento, aunque este último punto requiere

ser matizado, sino en el reconocimiento de que ese bien pertenece a un patrimonio cultural nacional o a un patrimonio de toda la humanidad.

Por lo que respecta a los derechos de propiedad, ambas posiciones reconocen que estos bienes son objetos de derecho y por tanto susceptibles del derecho de propiedad. A estos efectos lo que resulta indiferente es que esa propiedad sea privada o pública, porque lo que verdaderamente interesa es el régimen jurídico aplicable a esta categoría de objetos por razón de su especial naturaleza. Si tomamos como ejemplo el caso de España, país que sigue claramente la teoría nacionalista¹⁵², nuestra Ley de Patrimonio Histórico (Ley 16/1985)¹⁵³ reconoce que estos bienes son susceptibles de propiedad privada. La particularidad de esta norma es que instaura un régimen jurídico particular para los bienes que integran el PHE atendiendo a su especial consideración, de modo que los derechos que emanan de esa titularidad quedan sometidos a una serie de deberes y limitaciones impuestos por razón de la naturaleza del objeto sobre el que recaen¹⁵⁴. En este sentido, el propietario de una talla religiosa del s. XVI podrá conservarla en su lugar de residencia, e incluso trasladarla o venderla dentro del territorio nacional, con comunicación de su cambio de ubicación al inventario o registro en que esté inscrita; pero pesan sobre esta titularidad una serie de obligaciones específicas como el deber de dejar acceso a la pieza para fines de investigación y visita pública en determinados períodos mínimos al año, la necesidad de comunicar los negocios inter vivos o mortis causa de que pueda ser objeto (art. 26.6 LPHE), y la obligación de solicitar un permiso de exportación si se quisiera sacar la talla del país aunque no haya cambio de titular (art. 5.2 LPHE), salvo, como hemos visto, que el bien esté clasificado como BIC, pues sería inexportable.

¹⁵² CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, n° 18, 651, ofrece una serie de parámetros que permiten definir claramente a nuestro país como un país exportador de bienes culturales.

¹⁵³ BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985 páginas 20342 a 20352 (BOE-A-1985-12534).

¹⁵⁴ Sólo a modo de apunte, pues no vamos a detenernos en este estudio en los entresijos de la LPHE, podemos señalar que el art. 1.2 de esta ley define los bienes integrantes del PHE como los bienes «inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico y antropológico».

La LPHE posibilita la propiedad privada sobre los bienes que integren el PHE, pero establece un régimen de limitaciones de uso, en una escala de mayor a menor restricción, según la importancia atribuida al bien y la clasificación que, con base a este valor e importancia, se haya hecho de ellos. A este respecto, la ley prevé la creación de un Inventario de Bienes de Interés Cultural (BIC), integrado de oficio o a instancia de parte, en donde figurarán los bienes estimados de mayor relevancia cultural para el Patrimonio Histórico, y cuyo régimen de circulación es aún más restringido, pues según el art. 5.3 de la ley no pueden ser exportados, salvo para préstamos temporales (normalmente con fines expositivos) o para operaciones de permuta con otros bienes de igual o superior pertenecientes a otros Estados (arrrts. 31 y 34 respectivamente de la LPHE).

Además, están los bienes integrados en el Inventario General (art. 26.1) reservado para bienes muebles que, no estando clasificados como BIC, tengan una especial relevancia. Estos bienes pueden llegar a exportarse solicitando el permiso correspondiente. Este mismo permiso se requiere para los bienes integrantes del PHE que, no estando calificados como BIC ni inventariados, tengan una antigüedad superior a los 100 años (art. 5.2 LPHE).

En cuanto al lugar de conservación del bien, este es un tema hasta cierto punto problemático, pues la mera consideración del objeto como perteneciente a un patrimonio de un Estado nacional no basta si no va acompañada de una ubicación del bien en el propio territorio, salvo casos excepcionales. De este modo, la polémica en torno a la ubicación actual de los mármoles de Elgin, conservados hoy en el Museo Británico, no reside en que se niegue su pertenencia al patrimonio cultural griego¹⁵⁵ (tema planteado como cuestión derivada tras la presencia de esos bienes durante largo tiempo en dicho museo nacional), sino en que desde Grecia se solicita su restitución para que se custodien dentro del país heleno, y no en Reino Unido, como hasta ahora¹⁵⁶. Ciertamente es que en este caso en particular, el debate se extiende a otros aspectos que tratan de cuestionar la legitimidad con la que esos mármoles fueron portados hasta Londres, pero constituye igualmente un buen ejemplo de cómo para la teoría internacionalista la ubicación de estos frisos en nada empuja el reconocimiento de patrimonio cultural de toda la humanidad, con independencia del lugar de tenencia o depósito de esos bienes. En cuanto a esos casos excepcionales a los que hacía referencia, se trata de supuestos de préstamos temporales en exposiciones, en los que se autoriza una salida transitoria del bien cultural en concreto, perfectamente identificado, sin que en ningún caso se replantee su pertenencia al patrimonio cultural de la nación de origen, por mucho que su ubicación haya cambiado durante un determinado período de tiempo.

A raíz de lo expuesto, podemos entender que la teoría del *nacionalismo cultural* proyecta sobre los bienes culturales de una nación el principio de permanencia dentro del territorio, y, en consecuencia, la normativa propia dispone medidas de conservación, restricciones a la circulación transfronteriza, límites a la enajenación de esos bienes y prerrogativas en favor de los poderes públicos a fin de preservar y mantener los bienes más representativos de ese patrimonio nacional dentro de las fronteras del Estado. Por el contrario, el *internacionalismo cultural*, partiendo de la concepción de que esos bienes forman parte de un patrimonio cultural de toda la humanidad, a cuyo enriquecimiento y diversidad han contribuido todos los pueblos, no estima como perjudiciales las salidas de bienes de los respectivos territorios, ni la custodia para exhibición pública en instituciones extranjeras, ni la venta o comercialización de esas piezas por terceras personas que después los trasladan a sus países de origen. Todos estos actos no hacen sino contribuir al conocimiento y difusión de la cultura mundial, principio superior que subyace en esta teoría.

Ambas posiciones han sido largamente sostenidas por países que siguen tradiciones jurídicas diferentes, a las que se suman otra serie de factores como luego veremos. Podemos afirmar que, desde una perspectiva meramente nacional, las dos teorías son irreconciliables; pero el tratamiento de estos bienes y el surgimiento de situaciones que

¹⁵⁵ SLJIVIC, A., «Why do you think it's yours? An exposition of the jurisprudence underlying the debate between cultural nationalism and cultural internationalism», *The George Washington Journal of International Law and Economics* 1997-1998, vol. 31, nº 3, 402; MERRYMAN, J. H., «Thinking about the Elgin marbles», 83 Mich. L. Rev. 1984-1985, 1913.

¹⁵⁶ SLJIVIC, A., «Why do you think it's yours? An exposition of the jurisprudence underlying the debate between cultural nationalism and cultural internationalism», *The George Washington Journal of International Law and Economics* 1997-1998, vol. 31, nº 3, 404.

dan lugar a conflictos proyectan sus efectos más allá de las fronteras físicas y legislativas de cada Estado. Por tanto, en la esfera internacional es imprescindible hallar un punto de equilibrio que ofrezca soluciones superiores, situadas por encima de este predicado nacionalista o internacionalista, cuya aplicación y capacidad de resolución acaba circunscrita a los supuestos suscitados dentro de la aplicación de los ordenamientos jurídicos respectivos.

Junto a la existencia de estas dos teorías, conviene tener presente la situación de los Estados en lo que se refiere a la demanda y aportación de bienes culturales. A este respecto, Merryman¹⁵⁷ habla de «source nations» y de «market nations», lo que se puede traducir como «países proveedores» y «países comercializadores» respectivamente. En efecto, algunas naciones se caracterizan por poseer un extenso patrimonio cultural que suele resultar especialmente interesante para el comercio exterior, por cuanto la demanda nacional propia no alcanza a agotar la oferta. En la situación opuesta, los países comercializadores se caracterizan por encauzar gran parte de la demanda internacional de estos bienes, constituyéndose muchos de ellos en referentes del mercado del arte y de bienes culturales a nivel mundial. En estos Estados la aportación de patrimonio propio es inferior a la demanda, y por eso acuden al excedente de patrimonio procedente de los países proveedores. La coexistencia en el mercado internacional de ambas clases de países justifica los procesos de exportación desde las naciones proveedoras y los de importación desde las naciones comercializadoras.

Lo paradójico de esta situación es que, por regla general, los países que poseen mayor patrimonio histórico no se han posicionado como Estados de referencia en el mercado internacional de esta clase de bienes, por lo que no son potencias captadoras de patrimonio propio y ajeno, y además suelen compartir la teoría del *nacionalismo cultural*. De este modo, nos encontramos con naciones con abundancia de patrimonio cultural cuyo ordenamiento jurídico impone restricciones a la salida al extranjero de dichos bienes, bienes que, sin embargo, son reclamados fuera por la demanda gestionada a través de los países comercializadores, carentes de un patrimonio de tal magnitud, y partidarios de la teoría del *internacionalismo cultural*. Este planteamiento parece favorecer el surgimiento de conductas a través de las cuales dar satisfacción a esta demanda de bienes, sea para compra particular, sea para fines de exhibición pública en instituciones extranjeras que quieren completar sus colecciones, o para cualquier otra finalidad. Desde el punto de vista de la nación que ve salir piezas de su territorio, esta tendencia es reprochable; pero desde la perspectiva del Estado comercializador que sólo gestiona una demanda sobre la base de un patrimonio común a toda la humanidad, tal conducta no contraviene disposición ni principio alguno, fuera de los supuestos en que se haya cometido un delito para alcanzar este fin. Lo que acabamos de exponer vuelve a poner de manifiesto la importancia del derecho internacional en este punto, y el valor

¹⁵⁷ MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, n° 4, 832.

transcendente que puede proyectar para evitar perjuicios y controversias en la armonización de estas dos tendencias legislativas divergentes.

1.3.1. El nacionalismo cultural

La teoría del *nacionalismo cultural* se ha identificado con las políticas culturales del mundo occidental que se han ido desarrollando y construyendo a partir de la Revolución Francesa y el auge de la Ilustración. Siguiendo unos pasos paralelos a los que hemos expuesto acerca de la evolución del término cultura, que hunde sus raíces en este mismo período histórico, la configuración de unas políticas públicas que ponían en valor la capacidad de autogobierno y la riqueza social y económica de las naciones por sí mismas (posiciones antitotalitarias, contrarias a la división de clases y a la concentración del poder en las aristocracias y las alianzas supranacionales) surtía también efectos en la consideración nacional del patrimonio cultural. Si la Ilustración puso el acento sobre la capacidad creadora del hombre, la apreciación del cultivo del conocimiento, el acopio de obras maestras y el desarrollo y trabajo intelectuales no es extraño comprender que una de las manifestaciones de este movimiento fuese precisamente la construcción de una identidad nacional con base en estas mismas creaciones, bienes y monumentos. No en vano, este es el momento en que se gestan las grandes normas europeas con afán enciclopédico y compilador que dieron origen a los museos y bibliotecas nacionales, academias de la lengua y otras instituciones semejantes, que no escondían su doble misión: hacer alarde de su capacidad de recopilación y difusión del conocimiento, así como contribuir al fortalecimiento de una identidad nacional de base racional y demostrable, en la que, sin lugar a dudas, la tenencia de un amplio patrimonio cultural de factura propia estaba llamado a representar un importante papel.

En la evolución posterior de esta teoría, algún autor señala los efectos nocivos que la incidencia del romanticismo produjo. Merryman¹⁵⁸ indica que el desarrollo del pensamiento filosófico alemán gestado al calor del romanticismo creó un tipo de *nacionalismo* no basado en la razón y en el corte humanista en que se había sustentado hasta el momento, sino en el patriotismo y en la búsqueda de vínculos superiores que uniesen a los ciudadanos de una misma nación. Pese a ello, los derroteros por los que discurrieron estos postulados causaron mayor efecto en otras esferas puramente políticas que en lo referente a un posicionamiento sobre el patrimonio cultural de las naciones, cuestión que quedaba en un segundo plano en relación con otros principios de actuación de mayor relevancia internacional. Este autor, no obstante, critica la influencia del romanticismo por cuanto una de sus consecuencias fue la gestación de un sentimiento nacionalista no basado en la capacidad de la propia nación y sus ciudadanos en aspectos tales como la producción intelectual, científica, comercial o industrial, sino fundamentado, muchas veces, en el potencial militar, la expansión territorial, la capacidad de conquista y la autodefinición de nación fuerte y sólida que auspició algunos de los movimientos bélicos y de ocupación de principios del s. XIX.

¹⁵⁸ MERRYMAN, J. H., «The Restitution of Cultural Property», 21 U.C. Davis L. Rev. 1987-1988, 491.

En efecto, tomado a Francia como paradigma del espíritu de la Ilustración, son sorprendentes las líneas de actuación política seguidas en la época napoleónica, en que el discurso de convertir a Francia en el ejemplo por antonomasia de nación racional, libre y modélica pronto adquirió visos expansivos y de conquista que el emperador no se afanó en ocultar¹⁵⁹. Este modelo de *nacionalismo* se sustentaba en dos pilares ideológicos: uno más racional, propio del pensamiento ilustrado del momento, y otro derivado del primero, con tintes de ocupación territorial y patrimonial. Así, el conocido expolio que Napoleón llevó a cabo en Italia durante su invasión en los primeros años del s. XIX hallaba su justificación, por un lado, en la propia legitimidad con que el país galo se sentía investido como ejemplo de nación libre que fomenta y admira el arte, y, por otro, en el fortalecimiento cuasi-moral que suponía traer a la capital el patrimonio cultural ajeno y hacerlo propio, a fin de consolidar la idea de que Francia era el referente de la producción intelectual y de las muestras de ingenio humano representado en las obras de arte¹⁶⁰. Francia había dado pie a esta revolución social que igualaba a los hombres y reconocía sus derechos, revolución fundada en la razón humana y en el reconocimiento de su capacidad intelectual, de modo que el deseo de hacer acopio de obras de arte y de monumentos históricos no sólo servía para demostrar al mundo la gran capacidad del país como productor de semejantes maravillas, sino también como núcleo logístico en el que conservar esas piezas y ponerlas a disposición de la población para servir de modelo y depurar progresivamente la técnica de los artistas nacionales. En este planteamiento no se puede pasar inocentemente por alto el valor de victoria psicológica sobre la nación ocupada que supone sustraer su abundante patrimonio, producido a lo largo de siglos de historia, y desplazarlo a un lugar que se estima mejor y más apropiado porque desea convertirse en el punto de referencia del arte creado por el hombre, en custodia de todo el haber de la humanidad, labor a la que Francia se sentía llamada de forma inequívoca.

En realidad, esta conducta de aprovisionamiento de obras maestras no sólo se desplegó en Italia, sino también en Bélgica, Grecia, España y otros territorios. Las órdenes dadas a los lugartenientes que se situaban al frente de estas avanzadillas incluían no sólo funciones militares, sino también el envío de rastreadores para localizar las piezas y la adopción de medidas de conservación y salvaguardia previas a su traslado a París para integrar la extensa colección de arte con que se estaba abasteciendo al Louvre y otros museos nacionales. Pero podemos advertir que, a diferencia de lo que sucedía en épocas históricas anteriores en las que las cosas se tomaban por la fuerza sobre el principio de la potestad del vencedor, a quien la prerrogativa de apropiación parecía corresponderle por derecho propio, en el período napoleónico surgió toda una filosofía de base racional en que el discurso conducía de una forma elaborada y lógica a legitimar esta actuación y a ver en ella más beneficios que desventajas.

¹⁵⁹ LAPORTE, M.-A., *Les saisies d'oeuvres d'art durant le Triennio révolutionnaire: réactions française et italienne*. Mémoire de Master 1 «Sciences humaines et sociales», Université Pierre Mandès-France, Dir. M. Gilles Bertrand 2008, 5.

¹⁶⁰ LAPORTE, M.-A., *Les saisies d'oeuvres d'art durant le Triennio révolutionnaire: réactions française et italienne*. Mémoire de Master 1 «Sciences humaines et sociales», Université Pierre Mandès-France, Dir. M. Gilles Bertrand 2008, 7.

Boissy d'Anglas, político e intelectual que había sido diputado en la asamblea constituyente de 1789, fue instigador, junto con otros coetáneos destacados, de toda una política cultural de ocupación y apropiación. Elaboró en 1794 un breve tratado titulado *Quelques idées sur les arts* en el que a través de una serie de razonamientos y fundamentos de corte ilustrado se justificaba la legitimidad de Francia de apropiarse de ciertas piezas de arte de los territorios ocupados y de llevarlas a la capital gala, donde no podrían estar mejor custodiadas:

Que Paris soit donc la capitale des arts [...], l'asile de toutes les connaissances humaines et le dépôt de tout les trésors de l'esprit. [...] Il doit être l'école de l'univers, la métropole de la science humaine et exercer sur le reste du monde cet empire irresistible de l'instruction et du savoir. [...] C'est à Paris sans doute qu'il faut établir le dépôt sacré de toutes les connaissances humaines [...], qu'il faut rassembler tous les monuments de la science et des arts, dont l'ensemble est si nécessaire à leur perfectionnement et dont l'étude peut seule former le dernier degré de l'instruction publique [...]. Vous avez ouvert le Muséum, rassemblez-y soigneusement tout ce que la République renferme déjà de chefs-d'œuvre, tous ceux que produiront vos artistes, ceux que vous pourrez enlever aux nations voisines, et arracher avec l'or à leur ignorance au à leur avarice¹⁶¹.

Se aprecia, además, en la última frase de este excurso una razón de base ética, pues se parte de que los pueblos y naciones que hasta el momento habían producido y poseído esas piezas maestras vivían en la ignorancia y en la avaricia, lo que redundaba en una falta de aprecio real hacia ese patrimonio y en la mera posesión del mismo por ostentación o muestra de riqueza material, motivo de más para desplazarlos a un lugar donde fuesen verdaderamente admirados y contemplados.

Los razonamientos de esta naturaleza no mueren aquí. El impacto que el desarrollo de esta política pública tuvo empapó el pensamiento del momento y consiguió un abundante número de adeptos que adoptaban una posición de superioridad legitimada en la razón y en el espíritu de libertad que revestían a Francia de una autoridad superior. El

¹⁶¹ BOISSY D'ANGLAS, F. A., *Quelques idées sur les arts et sur la nécessité de les encourager adressé à la Convention Nationale*, discurso de 13 de febrero de 1794 dirigido, además de a la Convención Nacional, al Comité de Instrucción Pública. El ejemplar referenciado es una copia digitalizada disponible en la plataforma virtual de la Biblioteca Nacional de Francia: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417735/fl.image> [consultada el 1/04/2015], la cita fue tomada de la p. 164 y ss.

«Que Paris sea la capital de las artes [...], el asilo de todo el conocimiento humano y el depósito de todos los tesoros de la mente. [...] Tiene que ser la escuela del universo, la metrópoli de la ciencia humana y practicar el resto del mundo este imperio irresistible de la instruction y del saber. [...] Es en París sin duda donde hay que establecer el sagrado depósito de todo el conocimiento humano [...] donde hay que recoger todos los monumentos de la ciencia y de las artes, cuya reunión es tan necesaria para su perfeccionamiento y cuyo estudio puede sólo constituir el último grado de instruction pública [...]. Habéis abierto el museo, reunid en él cuidadosamente todo lo que la República ya encierra de obras maestras, todo lo que produjeron vuestros artistas, lo que podáis quitar a las naciones vecinas, y arrebatat con el oro su ignorancia o su codicia» [Traducción propia].

propio colectivo de artistas se sentía alentado por este pensamiento. Wicar, pintor y retratista de cámara de la familia Bonaparte, llega a decir con relación a la traída de piezas desde Grecia que «La liberté nous commande d'enlever les restes de sa splendeur. C'est pour nous que le temps les a respectés. Il n'y a que nous qui puissions les apprécier [...] le siècle mémorable d'Athènes va se réunir au nôtre»¹⁶². Esta misma idea es defendida por otro hombre de referencia, como Joachim Lebreton, miembro del Instituto de Francia y filósofo, quien con el claro pretexto de que «l'occasion de compléter notre musée et de perfectionner notre école est trop belle, trop légitime pour la manquer» («la oportunidad de completar nuestro museo y de perfeccionar nuestra escuela es demasiado hermosa, demasiado legítima para perderla» —traducción propia—), llegó a argumentar:

Philosophiquement parlant, n'est-ce pas dans le pays où il y a de meilleures lois et plus de lumière [...] que seront mieux placés et mieux conservés les plus beaux ouvrages de la Grèce et de Rome? [...] Il est temps que tous ces monuments du génie des Grecs abandonnent une terre qui n'est plus digne de les posséder. Ils furent créés dans un pays libre; ce n'est qu'en France qu'ils peuvent aujourd'hui retrouver leur patrie [...] L'empire des arts nous est transmis. Nous l'agrandirons¹⁶³.

Y, finalmente, este pensamiento que justifica la apropiación de los bienes más apreciados y su desplazamiento a la capital se condensa en la máxima «les fruits du génie sont le patrimoine de la liberté» («los frutos del talento son el patrimonio de la libertad» —t.p.—) de la que es autor Jean-Luc Barbier, pintor y lugarteniente de la armada del norte, pronunciada en un discurso frente a la convención el 20 de septiembre de 1794¹⁶⁴. Por tanto el recurso a principios tales como la libertad, la racionalidad, la superación de la ignorancia, el respeto a las artes y el cultivo del intelecto, que se habían convertido en estandartes de la nación libre por antonomasia que Francia quería ser, servían también para legitimar el saqueo, la apropiación y el desplazamiento a la capital del patrimonio cultural de las zonas ocupadas, alegando no sólo la idoneidad de que tales bienes se custodiasen en la ciudad de las luces, sino también la ignorancia, la esclavitud y la desidia a que esos bienes se veían expuestos en sus países de origen,

¹⁶² POMMIER, E., «La saisie des oeuvres d'art», *La liberté en Italie (1796-1797) (actes du colloque de Vincennes, 7 juin 1996)*, Vincennes, Centre d'études d'histoire de la Défense 1997. «La libertad nos obliga a retirar los restos de su esplendor. Es por nosotros que el tiempo los ha respetado. No hay más que nosotros que podamos apreciarlos (...) el siglo memorable de Atenas se va a reunir con el nuestro» [Traducción propia].

¹⁶³ «Filosóficamente hablando, ¿no es en el país en el que hay mejores leyes y más luz [...] que estarían mejor situadas y mejor conservadas las más bellas obras de Grecia y Roma? [...] Es hora de que todos estos monumentos del talento de los griegos abandonen una tierra que ya no es digna de poseerlas. Fueron creados en un país libre; sólo en Francia pueden hoy recuperar su patria [...] El imperio de las artes nos es transmitido. Nosotros lo ampliaremos» [Traducción propia]. Fragmento del artículo publicado por Lebreton en *La Décade du 30 messidor an IV* (18 de julio de 1796) *apud* LAPORTE, M.-A., *Les saisies d'oeuvres d'art durant le Triennio révolutionnaire: réactions française et italienne*. Mémoire de Master 1 «Sciences humaines et sociales», Université Pierre Mandès-France, Dir. M. Gilles Bertrand 2008, 21.

¹⁶⁴ LAPORTE, M.-A., *Les saisies d'oeuvres d'art durant le Triennio révolutionnaire: réactions française et italienne*. Mémoire de Master 1 «Sciences humaines et sociales», Université Pierre Mandès-France, Dir. M. Gilles Bertrand 2008, 22.

motivos más que suficientes para desvirtuar su posible titularidad sobre ellos y justificar un despojo forzoso en favor de su preservación.

Lo paradójico de este pensamiento político es que halla sustento en los mismos principios sobre los que se fundamenta el *nacionalismo cultural*, pero arroja un resultado más próximo al *internacionalismo cultural*. En realidad, es una suerte de *nacionalismo* de mayor calado, en el que la teoría desarrollada busca argumentos para dotar a la nación invasora de una legitimidad superior, no sólo para salvaguardar el patrimonio propio, sino también el ajeno sobre la base de una necesidad de custodia, conservación y ejemplaridad en cuya observancia la nación ocupada era claramente inferior. La diferencia de esta postura con respecto a la doctrina internacionalista es que la primera no habla de un patrimonio de toda la humanidad, cuya circulación entre Estados fuese libre a fin de que todo el mundo pudiese disfrutar de unos bienes culturales pertenecientes a todos; sino, muy al contrario, inviste a una sola nación de esta potestad de apropiación, y no considera la existencia de un patrimonio común, sino de un patrimonio ajeno sobre el que los países de origen habrían perdido su derecho legítimo por no ser naciones libres.

Sin embargo, no todos los pensadores de esta época compartían estos postulados. Algunos, de hecho, veían en esta conducta un expolio injustificado cuyos argumentos en contra constituían verdaderos alegatos de la teoría nacionalista. Así, encontramos un ejemplo en las conocidas *Cartas a Miranda*, de Quatremère de Quincy, cuyas ideas contribuyeron a configurar el actual concepto de patrimonio histórico. Este artista, historiador del arte, hombre político, pensador y escritor de la época napoleónica, mantuvo una rica relación epistolar con su amigo y hombre de milicias, Francisco de Miranda, de origen venezolano, quien en aras de la libertad genuina había tomado partido en el movimiento revolucionario francés¹⁶⁵. Ambos compartían el principio de que la libertad era la base de la sociedad y las naciones, pero entendida en el sentido que dio origen a la declaración de 1789, y no con el cariz conquistador y expansivo que adoptó a partir de 1792 con el proceso de invasión territorial llevado a cabo por Napoleón.

En este intercambio epistolar, del que sólo se conservan las cartas redactadas por Quincy, uno de los asuntos más recurrentes es la crítica abierta al sistema de expolio «racionalizado» que las tropas francesas estaban llevando a cabo en los terrenos ocupados, eje temático en torno al cual se desarrollaban una serie de razonamientos teóricos para justificar precisamente la postura contraria, y poner de manifiesto la perversidad y perjuicio que esas conductas conllevaban. Es más, a partir de la construcción de un discurso anclado en aspectos culturales y patrimoniales, se elabora toda una crítica al propio concepto de libertad, de su proyección extra muros a través de la ocupación territorial y, en definitiva, de la contrariedad que se advierte en una república autoproclamada paradigma del hombre libre, que, no obstante, repite esquemas del pasado en su afán conquistador. Quincy habla de la regresión política y

¹⁶⁵ Vid. RICO CAMPS, E. (ed.), Quatremère de Quincy. *Cartas a Miranda*. Murcia: Nausicaä 2007 [1796], VII-IX.

moral que supone perpetuar estas pautas de conquista, y el perjuicio que representan para la comunidad cultural de Europa, que bebe, según el autor, de un pasado histórico común del que esta comunidad es heredera y deudora. De esa comunidad cultural es de donde se toman no sólo los cánones de belleza que la sociedad francesa del momento tanto alaba y desea imitar, sino también todo un acervo de conocimiento y puntos en común que constituyen una civilización propia, compartida en todo el viejo continente.

Este es el punto de partida del autor para desarrollar un discurso propio en el que se construye el principio de la vinculación de los bienes del patrimonio histórico al lugar en el que han sido creados y custodiados a lo largo del tiempo. En entorno social que hizo posible su simple concepción y posterior elaboración está tan unido al territorio y a la identidad de esas sociedades que los bienes «pertenecen» a estos lugares de una forma intrínseca.

Je veux vous parler dans cette lettre d'une autre nature d'effets plus funestes encore, et qui seroient dus à une dispersion quelconque des monumens antiques de Rome. Vous le savez trop bien; mon a-mi, que diviser c'est détruire. Vous ne voulez pas qu'on vous prouve que le véritable principe de la destruction, c'est la décomposition [...]. Si cela est, la décomposition du muséum de Rome seroit la mort de toutes les connoissances dont son unité est le principe [...]. Le véritable muséum de Rome, celui dont je parle, se compose, il est vrai, de statues, de colosses, de temples, d'obélisques, de colonnes triomphales, de thermes, de cirques, d'amphithéâtres, d'arcs de triomphe, de tombeaux, de stucs, de fresques, de bas-reliefs, d'inscriptions, de fragments d'ornemens, de matériaux de construction, de meubles, d'ustensiles, etc.; mais il ne se compose pas moins des lieux, des sites, des montagnes, des carrières, des routes antiques, des positions respectives des villes ruinées, des supports géographiques, des relations de tous les objets entre eux, des souvenirs, des traditions locales, des usages encore existants, des parallèles et des rapprochements qui ne peuvent se faire que dans le pays même [...]. On pourrait dire que le pays lui-même fait partie du muséum de Rome. Que dis-je, en faire partie? Le pays est lui-même le muséum¹⁶⁶.

¹⁶⁶ «Quiero hablarle en esta carta de otra naturaleza de efectos aún más desastrosos, y estarían debidos a cualquier dispersión de los antiguos monumentos de Roma. Usted sabe muy bien, amigo mío, que dividir es destruir. Usted no quiere que le demuestre que el verdadero principio de la destrucción, es la descomposición [...]. Si ésta es, la descomposición del museo de Roma sería la muerte de todo el conocimiento del que su unidad es el principio [...]. El verdadero museo de Roma, del que le hablo, se compone, es cierto, de estatuas, colosos, templos, obeliscos, columnas triunfales, termas, circos, anfiteatros, arcos de triunfo, tumbas, estucos, frescos, bajorrelieves, inscripciones, fragmentos de adornos, materiales de construcción, muebles, utensilios, etc.; pero no menos se compone de lugares, sitios, montañas, canteras, caminos antiguos, las respectivas posiciones de las ciudades en ruinas, los medios de comunicación, relaciones geográficas de todos los objetos juntos, recuerdos, tradiciones locales, los usos, paralelismos y comparaciones que no se pueden hacer en el mismo país [...]. Se podría decir que el propio país forma parte del museo de Roma. ¿Qué digo, «formar parte»? El país en sí es el museo» —t.p.—. QUINCY, Q., *Lettres sur le projet d'enlever les monumens de l'Italie*, Roma 1815 [1796], 25-28.

Entre las ideas que Quincy expone para criticar el expolio, menciona la presencia de una barbarie encubierta, disfrazada de argumentos basados en el espíritu libertario del momento, pero que conduce a la injusticia del despojo y al daño irreparable a la identidad cultural. El lugar en que las obras maestras y tesoros del arte han residido y residen es aquel que la historia les ha dado y no el que se les pretende otorgar en aras de la libertad. Desde este punto de vista, se entiende su defensa de la integridad geográfica, histórica y natural de los bienes culturales y la necesidad de preservarlos en su lugar de origen. Es la existencia de este contexto lo que los dota de unidad y, en consecuencia, de la necesidad de respeto. El dismantelamiento y el esparcimiento de piezas sólo contribuye a la destrucción de los grandes monumentos. Por este motivo, Quincy se manifiesta claramente en contra de la creación de los grandes museos nacionales, cuando la forma de llenar sus salas es a través del expolio de piezas ajenas procedentes de otros patrimonios. «Le muséum qui se formeroit ailleurs de ces démembrements, n'acqueroit pas l'ensemble et la base qui peut donner la valeur nécessaire à ces fragmens» («el museo que se formaría a partir de estos desmembramientos no adquiriría la unidad ni la base que le pueda dar el valor necesario a estos fragmentos» —t. p.—)¹⁶⁷.

De la teoría de este autor se pueden extraer los principios fundamentales de la doctrina del *nacionalismo cultural* que, si bien en su momento no obtuvieron el respaldo deseado, hoy están de plena actualidad. Podemos indicar los siguientes puntos:

- Defensa de la existencia de un contexto social, histórico, natural y geográfico que atribuye unidad a los bienes, por lo que la necesidad de preservarlos en el mismo lugar en que se encuentran es una consecuencia lógica de esta afirmación.
- La separación y la dispersión de los bienes, especialmente los bienes muebles, que antes formaban parte de un conjunto supone un grave perjuicio a su unidad e integridad, que se entiende vinculada de forma indisoluble al lugar de conservación. De hecho, esta idea de unidad del conjunto es lo que permite hablar de verdaderos monumentos, cuyo valor real sólo se explica en un contexto dado.
- La incorporación de esos bienes aislados y separados de su origen a otras colecciones de museos y salas de exposición los despoja de su valor genuino unitario, y aunque esto no sería obstáculo para admirar su belleza y el ingenio humano en su factura, pierden una parte esencial de integridad al ser extraídos de su entorno natural.

¹⁶⁷ QUINCY, Q., *Lettres sur le projet d'enlever les monumens de l'Italie*, Roma 1815 [1796], 46.

- El respeto de la ubicación de los bienes supone entender el proceso histórico del que son fruto y el poder de representación cultural que encierran.
- El expolio y la ocupación de los bienes implica un atentado indirecto contra los valores morales, sociales y culturales que de ellos se desprenden; suponen un acto de imposición de una nación sobre otra.

Aunque el empeño de Quincy fue evitar algunos traslados de obras maestras a Francia desde varios de los territorios ocupados en la época de expansión napoleónica, sus postulados no fueron bien entendidos en aquel momento histórico. Hoy, sin embargo, son argumentos plenamente vigentes que articulan gran parte del discurso de esta teoría nacionalista.

1.3.2. El internacionalismo cultural

La teoría del *internacionalismo cultural*, como ya hemos podido adelantar, parte de una consideración distinta de los bienes culturales. Reconoce su especial naturaleza y su importancia simbólica al ser portadores de valores culturales, por lo que su relevancia trasciende la de la simple factura, belleza o capacidad intelectual manifestada en su creación. No obstante, esta rama doctrinal discute muchos de los postulados defendidos por el *nacionalismo cultural* sobre la base de que el desplazamiento o movilidad de esos bienes no les niega el valor que encierran ni supone obstáculo alguno para que se reconozca su contribución al enriquecimiento de un determinado patrimonio cultural.

La consideración de que los bienes culturales pertenecen a un patrimonio común a toda la humanidad es la idea en torno a la cual se articula esta teoría. El punto de apoyo doctrinal se halla en la Convención de La Haya de 1954, cuyo preámbulo establece:

Convencidas de que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial

Considerando que la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo y que conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional

Estos incisos determinan los elementos de un contexto concreto que motivó en su momento la elaboración de esta Convención. Los Estados parte, a la hora de justificar la necesidad de preservar, conservar y respetar los bienes culturales durante un conflicto armado, momento en que se hacen especialmente vulnerables, acuden a la existencia de un patrimonio común a todos los hombres, a cuya construcción y enriquecimiento han contribuido todas las sociedades del mundo a lo largo de la historia. Gran parte de los principios contenidos en esta convención heredan las pautas recogidas en documentos previos: las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 y el Pacto de Washington del 15 de abril de 1935. En la elaboración y configuración de estos textos habían sido

determinantes la toma de consciencia de las pérdidas culturales aparejadas a los conflictos armado y la asunción de una responsabilidad hacia futuro, a fin de evitar en lo sucesivo destrucciones y menoscabos que podrían evitarse. La principal innovación de la Convención de La Haya de 1954 no reside tanto en la insistencia de este compromiso y la conveniencia de observarlo, sino en que el argumento principal para sustentar su articulado es la existencia de un patrimonio común a toda la humanidad.

Como algún autor señala, la transcendencia de estos considerandos no se limita a ser una simple carta de intenciones, sino que encierran una serie de principios de importancia política y legislativa en torno a los cuales es posible construir la teoría del *internacionalismo cultural*. Esas ideas son: la propia estimación de que existe un patrimonio cultural común a todos los hombres, la importancia que la propiedad cultural tiene y la necesidad de adoptar medidas de protección y el hecho de que se puedan determinar responsabilidades gubernamentales e individuales en caso de atentado contra bienes de esta naturaleza. De todos ellos, el más relevante es el primero, pues a raíz de su aplicación, como comenta Merryman¹⁶⁸, podría entenderse que en la conservación de los mármoles griegos de Elgin lo que importa es que las obras estén bien preservadas, ya que integran un patrimonio cultural común, por lo que la eterna discusión de si deben ser o no restituidos a Atenas pasa a un segundo plano. Desde esta perspectiva, se pone de manifiesto que aunque los griegos tengan un interés legítimo en admirar las piezas y tenerlas, también lo tienen los británicos, desde el momento en que ese patrimonio no se circunscribe a un lugar de origen concreto, sino que se inserta en un conjunto mundial al que todas las sociedades han contribuido.

A partir de este planteamiento, la elaboración de argumentos en contra de los principios del *nacionalismo cultural* se desencadena como una consecuencia lógica. Antes de entrar de lleno en ellos estimo necesario puntualizar que el contexto que motivó en su momento la elaboración de la Convención de La Haya de 1954 explica a la perfección el uso del lenguaje que se ha hecho y el recurso a términos y expresiones que ahonden en un mayor sentimiento mundial de respeto, responsabilidad y convivencia.

Sin posicionarme hacia una teoría u otra, la mención de la existencia de un patrimonio común a toda la humanidad bien puede entenderse en el seno de un documento elaborado para tratar de evitar en el futuro de la historia del hombre pérdidas tan catastróficas y perjudiciales como las resultantes de la II Guerra Mundial, máxime cuando en el momento en que estalló el conflicto ya existían otros textos previos que habían pretendido evitar estos mismos daños. Desde este punto de vista, las referencias al patrimonio de toda la humanidad tratan de subrayar el deber de respeto y conservación de estos bienes por parte de las naciones que pudieran entrar en un posible conflicto bélico; pero quizás no signifique por sí mismo que el contenido de la Convención se inclina hacia la doctrina del *internacionalismo cultural*, lo que, por otro lado resultaría contradictorio con los textos aprobados en el seno de la Unesco años después. Así, considero que las menciones al patrimonio cultural de toda la humanidad

¹⁶⁸ MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, n° 4, 837.

no hacen sino poner atención sobre el valor superior, único e irrepetible que esos monumentos representan, cuya importancia como elementos vehiculares del espíritu cultural de los pueblos no se circunscribe a su contexto relativo, sino que supera las fronteras del territorio en el que se encuentran. Dicho con otras palabras, la existencia de un patrimonio común quiere decir que ese patrimonio está integrado por todas las creaciones humanas, cualquiera que sea su origen, motivación, ubicación y valor material, y por este mismo motivo, por el carácter representativo que tiene, ha de ser respetado por todos los otros pueblos. En el contexto de un enfrentamiento armado, tales afirmaciones tratan de reprobando los atentados intencionados contra los monumentos del otro Estado en conflicto con el fin de perjudicar su memoria y su legado cultural; pero no entiendo que claramente quieran decir que, bajo el pretexto de la existencia de un patrimonio común, se puedan amparar negativas a la restitución de bienes o a la potenciación de su circulación internacional si el país de origen no prevé esa posibilidad.

Volviendo sobre los argumentos defendidos por el *internacionalismo cultural*, una de las críticas más abiertas a la teoría contraria es el empleo interesado de los términos para sostener sus postulados. El *nacionalismo cultural* se basa en los principios de preservación, contexto e integridad. Ya hemos visto cómo se articulan estas ideas y en qué sentido las políticas públicas de los países partidarios de esta doctrina acomodan sus pautas legislativas a este fin superior de mantenimiento de los bienes en el propio territorio. El contexto histórico y el valor simbólico de los bienes culturales como cauce en el que se cristalizan esos elementos inmateriales de la cultura particular justifican para la corriente nacionalista la necesidad de integridad y de conservación de esos bienes en el lugar en que fueron creados y custodiados. La preservación implica la adopción de medidas que garanticen su conservación a lo largo del tiempo, se eviten daños y perjuicios, se provea a su mantenimiento o deterioro, etc. Uno de los argumentos empleados por los internacionalistas es que el nacionalismo puede llegar a amparar una «retención destructiva»¹⁶⁹. Según Merryman, la doctrina nacionalista acude en ocasiones al argumento de la preservación como una forma indirecta y acaso más legítima de justificar una retención en el territorio; pero en ocasiones es más el deseo de mantener la pieza dentro de las fronteras que el despliegue de verdaderas medidas de conservación que garanticen su integridad. Esto daría lugar a la mencionada «retención destructiva», que podría llevar a la pérdida o deterioro irreparable del bien.

En efecto, esta es una de las premisas más conocidas de la teoría internacionalista. No es la primera vez que se esgrime la tesis de que llevar los mármoles de Elgin a Inglaterra fue una forma segura de preservarlos y conservarlos, en vez de dejarlos en el entorno en que fueron hallados, con condiciones adversas, expuestos a la intemperie, al saqueo y a la pérdida total. Más allá de estas hipótesis, que no conducen a ningún lugar porque estaríamos conjeturando sobre un curso de la historia alternativo, lo que es importante destacar es el valor jurídico y político que este planteamiento entraña. La

¹⁶⁹ MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, n° 4, 846.

autoproclamación de un Estado como guardián de la integridad de unas piezas contiene reminiscencias de los razonamientos empleados por los lugartenientes de las tropas napoleónicas para revestirse de una legitimidad superior, como nación de libertad, y hacerse así con las obras maestras ajenas. En ese sentido estimo que el fundamento es totalmente erróneo y fallido. El argumento de la retención destructiva que mencionábamos critica abiertamente que los países partidarios del nacionalismo cultural prefieren retener sus bienes a toda costa, aunque carezcan de medios para preservarlos. En este punto, se pone en duda la conveniencia de una medida como esa y se subraya los beneficios que se derivarían de la circulación de esos bienes. Su entrega a países con un nivel de riqueza superior podría garantizar su conservación sin problema alguno, al tiempo que los pondría a disposición de un público amplio y extenso (depositados en museos y salas de exposición) que de otro modo no llegarían nunca a conocerlos¹⁷⁰.

En mi opinión, este planteamiento también puede criticarse desde el punto de vista opuesto. En primer lugar, sea bajo la tesis de que una nación encarna una serie de valores superiores (la libertad en época napoleónica) y por ello está legitimada para custodiar mejor que ninguna otra esos bienes, sea bajo la idea de que esa nación posee un estado superior de riqueza y tejido museístico y está por ello autorizada para el depósito de esos bienes, la realidad es que ambos argumentos desembocan en una situación de superioridad, bien político-moral, bien económica, que no puede defenderse en una supuesta comunidad de naciones iguales y libres. En segundo lugar, si en efecto existe una mejor situación económica en determinadas naciones para tomar el relevo en la labor de conservación de esos bienes, este razonamiento podría revertirse y entender que esa solvencia económica podría traducirse en la inversión de capitales para la preservación de los bienes, la construcción de un museo, la dotación para el desarrollo de programas de investigación, de formación de personal cualificado y la adopción de otra serie de medidas que contribuyeran a mejorar el contexto existente en el país de origen falto de recursos, sin que la respuesta deba pasar necesariamente por

¹⁷⁰ Merryman emplea este argumento cuando habla del caso particular de piezas peruanas, de valor antropológico e histórico, en deplorable estado de conservación por falta de recursos. Explica que, a estos efectos, su traslado a otros lugares podría ser beneficioso: «For example, if they were in Switzerland, Germany, the United States or some other relatively wealthy nation with a developed community of museums and collectors knowledgeable about and respectful of such works, they could be better preserved. By preventing the transfer of fragile works to a locus of higher protection while inadequately preserving them at home, Peru endangers mankind's cultural heritage; hence «destructive retention» or «covetous neglect»» (MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, n° 4, 846). [«Por ejemplo, si estuvieran en Suiza, Alemania, Estados Unidos o algún otro país relativamente rico con una comunidad desarrollada de museos y coleccionistas conocedores y respetuosos de dichas obras, podrían estar mejor conservados. Al impedir el traslado de las frágiles obras a un lugar de protección más alto mientras se conservan inadecuadamente en casa, Perú pone en peligro el patrimonio cultural de la humanidad; de ahí, «retención destructiva» o «negligencia codiciosa» —t.p.—].

Esta postura se conecta con la teoría del «museo universal». Como expone STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 23, se trata de un postulado según el cual la existencia de museos que alberguen una muestra más que representativa de las diferentes manifestaciones culturales de todo el mundo tiene el enorme beneficio de permitir al visitante tener una visión global y omnicomprensiva de la realidad cultural de todos los países, además de proveer a la conservación de esas creaciones y bienes, en un contexto más seguro, estable y protector.

sacar los bienes de ese territorio. Y, por último, el reconocimiento de que esos bienes forman parte de un patrimonio común de la humanidad no implica que necesariamente tengan que estar sometidos a una libertad de circulación internacional. El mantenimiento en el lugar de origen en nada entorpece esta afirmación¹⁷¹.

Este último punto es, no obstante, otro de los argumentos largamente sostenidos por la doctrina internacionalista. Con mayor o menor apoyo en la idea de que estamos ante un patrimonio común, se expone que el desplazamiento de los bienes culturales a otros lugares no deturpa la identidad cultural que representan ni su pertenencia a la herencia cultural de una comunidad en concreto. Muy al contrario, supone incluso un mecanismo de propaganda extra muros, que favorece la extensión y mayor conocimiento de las representaciones propias de ese colectivo o sociedad. En efecto, los postulados de esta corriente no incluyen un acto de apropiación de la identidad, esto es, no niegan ni ocultan la procedencia de los bienes ni su contexto geográfico, histórico y sociopolítico genuino; pero de algún modo justifican la extracción del bien de ese entorno con el objetivo de alcanzar una finalidad que entienden más beneficiosa. En ese beneficio se incluyen la mayor difusión de la cultura originaria, la incorporación de esas piezas en museos y galerías para mayor conocimientos, la garantía de una conservación para la posteridad en mejores condiciones y, en fin, el propio derecho de participar de ese patrimonio cultural común aunque sólo sea como depositarios de esas obras¹⁷².

Por estos motivos, el empleo del término «pérdida» al que en ocasiones se aferran los partidarios del nacionalismo cultural no encaja en esta concepción de las cosas defendida por el internacionalismo. Se convierte en una palabra hasta cierto punto impertinente. No se puede hablar de una pérdida en sentido estricto, equivalente a la que de hecho se produce con la destrucción o desaparición del bien, cuando sólo se contempla un cambio de ubicación. Es más, el recurso a este argumento sirve en ocasiones para fortalecer las premisas de la teoría contraria, que justifica incluso que mediante el depósito y custodia de las piezas en lugares más apropiados es como verdaderamente se evita su pérdida.

¹⁷¹ Algún autor va más allá en la crítica a estos postulados del *internacionalismo cultural*. Así, MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1066, señala que algunos de estos argumentos sirven a los países comercializadores para hallar un sustento de corte moral con el que justificar la retención de ciertos bienes, no siempre obtenidos de forma lícita y transparente. Explicar que esos bienes se «preservan» en el territorio en donde actualmente se custodian por el bien del patrimonio cultural común de toda la humanidad es una argucia teórica que sirve a estos fines de legitimación.

¹⁷² Detractores de la tesis del internacionalismo cultural esgrimen en contra de este argumento que nada impide a las personas interesadas el conocimiento y visita de esos bienes en su contexto histórico y cultural propios. Así, por ejemplo, SCOVAZZI, T., *Diviser c'est détruire. Principes éthiques et règles juridiques applicables au retour des biens culturels*. Paris: Unesco 2009, 31: «Après tout, rien n'empêche ceux qui s'intéressent à l'internationalisme culturel de se déplacer, de franchir une frontière et d'admirer le patrimoine culturel dans son cadre le mieux approprié» [«Después de todo, nada impide a los que se interesan por el internacionalismo cultural, desplazarse, cruzar una frontera y admirar el patrimonio cultural en su contexto más apropiado —t.p.—]

Siguiendo con la exposición de razonamientos del internacionalismo, otro de los temas que salen a relucir es la labor de difusión y comunicación que se logra con la movilidad de los bienes y su depósito para exhibición pública en museos e instituciones cuya razón de ser es dar a conocer la cultura. Desde esta perspectiva, la idea de un patrimonio cultural común encaja a la perfección con este planteamiento, pues los países depositarios de esas piezas ajenas no hacen sino contribuir a su expansión. Por este motivo, se critica el principio de retención seguido por las naciones partidarias de la doctrina opuesta, cuando su legislación interna no obliga a una difusión de los bienes y piezas que se obstinan en mantener. Esto quiere decir que la fuerza del principio de retención reside en que se siga una política de acceso a las obras. En caso contrario, el empeño por prohibir las exportaciones de bienes culturales, sujetos a un régimen de propiedad privada y no sometidos a un sistema de consulta, visita o estudio resulta en un pretexto sin fundamento, ya que los supuestos fines que se lograrían a través de la conservación del objeto en el territorio nacional se perderían de forma indirecta al sustraer el bien del conocimiento público¹⁷³.

Este es un argumento de gran valor para sostener la tesis internacionalista, con la salvedad de que estas consideraciones suponen una pequeña injerencia en el poder legislativo de las naciones que han optado por configurar un determinado régimen jurídico para su patrimonio cultural, esto es, una crítica a la configuración del derecho de acceso a la cultura. En el caso de España, y de otros países del entorno inmediato, en cambio, esta justificación perdería cierto valor por cuanto nuestra Ley de Patrimonio Histórico instaura un deber de acceso a los bienes que lo integran, aunque pertenezcan a particulares o instituciones privadas¹⁷⁴. De la forma en que se ha configurado el acceso

¹⁷³ MERRYMAN, J. H., «The Restitution of Cultural Property», 21 U.C. Davis L. Rev. 1987-1988, 498-499, se pregunta con respecto a este argumento a favor de la retención «Does the presence of cultural property in private hands in the national territory promote the general welfare? Does export impair it?» [¿La presencia de propiedad cultural en manos privadas en territorio nacional promueve el bienestar general? ¿Lo perjudica la exportación? —t.p.—].

Para justificar su postura parte de un ejemplo concreto de una pintura de Poussin, en manos de un propietario particular francés que la acabó vendiendo al museo de Cleveland. Si la legislación francesa no contempla ninguna obligación de permitir el acceso público al patrimonio que se custodia bajo titularidad privada, el argumento sostenido de que la salida del bien del territorio de origen es perjudicial para la sociedad y supone una merma de su riqueza cultural se relativiza, porque, ese bien, expuesto ahora en un museo de acceso público, sí que es verdaderamente accesible. «But whether export really causes a significant loss of access to the work depends on whether it was publicly accessible before export, and in this case, the Poussin painting was privately owned. [...] Thus, although the export of the Poussin might have some marginal effect on its accessibility to the French people, the loss would not be significant. (To a cosmopolitan observer, that loss would be offset by the broader availability for enjoyment of the painting in the Cleveland Museum, which is open to the public, but a Frenchperson might not take comfort from that fact.)» [Pero que la exportación realmente cause una pérdida significativa de acceso a la obra depende de si era accesible al público antes de la exportación, y en este caso, la pintura de Poussin era de propiedad privada. [...] Por lo tanto, aunque la exportación de la pintura de Poussin pudiera tener algún efecto marginal sobre su accesibilidad a los franceses, la pérdida no sería significativa. (Para un observador cosmopolita, esa pérdida sería compensada por la mayor disponibilidad para el disfrute de la pintura en el Museo de Cleveland, que está abierto al público, si bien un francés podría no tener consuelo por ese hecho.) —t.p.—].

¹⁷⁴ Es significativa la declaración contenida en el último párrafo del preámbulo de la Ley 16/1985: «como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia

a la cultura desde su proclamación en la Constitución se desprende que el legislador español ha querido dar primacía a la difusión del patrimonio cultural. De este modo, además de establecerse una serie de deberes de conservación que recaen sobre los titulares de las piezas, existe también la obligación de que se dé acceso gratuito a las mismas, en determinadas condiciones, para fines de investigación, conocimiento, consulta y visita (art. 13.2 LPHE). Es más, esgrimir la tesis de dar mayor difusión al patrimonio cultural por parte del *internacionalismo* podría resultar contradictorio si para poder contemplar esos bienes es necesario abonar una entrada a un recinto. En la configuración del derecho de acceso a la cultura en España se ha contemplado también este aspecto y por eso los museos nacionales tienen obligación de permitir el acceso gratuito al público en determinados días o períodos mínimos.

Finalmente, debemos mencionar otro de los puntos sobre los que se apoya el *internacionalismo cultural* para criticar las políticas de retención: el fomento de las conductas ilícitas y el surgimiento del mercado negro del bienes culturales. Las medidas que buscan conservar los bienes en el territorio choca con la demanda del mercado y con el flujo natural de circulación que se le podría dar a esas piezas. La falta de satisfacción de esa demanda y la abundancia de obstáculos a la salida de los bienes hace que se generen prácticas ilícitas y un sistema de comercio ilegal¹⁷⁵. A este respecto, desde el *internacionalismo* se intenta convencer de que las medidas de retención pueden relajarse hasta cierto punto y proporcionar un cauce alternativo a esa demanda exterior. Así, si uno de los fundamentos para prohibir las exportaciones es el deseo de la nación de origen de contar en su territorio con bienes lo suficientemente representativos de cada período, momento y contexto de su historia, se podría dar salida a los excedentes de esas piezas. Carece de sentido conservar múltiples ejemplares del mismo tipo de pieza si gran parte de ellos se acaban almacenando en los fondos del museo y sólo salen a la luz con ocasión de exposiciones temporales o préstamos. Dar salida a esos bienes, sólo en la cantidad suficiente para no perjudicar la representatividad cultural que tienen en el país, sería una buena medida para satisfacer parte de la demanda del mercado.

De una lectura transversal de esta exposición se puede deducir que existen también motivos de orden económico que subyacen en ambas teorías. La retención de ciertos bienes de gran renombre internacional en un territorio u otro puede tener consecuencias tanto para el valor de las propias piezas como para las ganancias indirectas derivadas del turismo. Por mucho que en un contexto de discusión jurídica e histórica sea deseable obviar estos elementos, la importancia de los bienes como proveedores de riqueza no se

de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos». Esta misma finalidad de facilitar el acceso a estos bienes se menciona en el art. 2.1 de la LPHE como un deber derivado de los principios de acceso a la cultura consagrados en nuestra constitución, y se reitera en el art. 35.1, el 57.1.b), el 58 y el 62.

¹⁷⁵ MERRYMAN, J. H., «The Restitution of Cultural Property», 21 U.C. Davis L. Rev. 1987-1988, 509, y SLJIVIC, A., «Why do you think it's yours? An exposition of the jurisprudence underlying the debate between cultural nationalism and cultural internationalism», *The George Washington Journal of International Law and Economics* 1997-1998, vol. 31, nº 3, 408.

puede negar. Así, un buen pretexto para los partidarios de la teoría internacionalista es alegar conservación, buen mantenimiento, contribución a la difusión cultural y responsabilidad como depositarios, pero a esto se une el hecho de que son los grandes museos del mundo, situados los países mayoritariamente seguidores de esta corriente, los que cuentan también con el estatus y potencial necesarios para captar a una mayor cantidad de público internacional. Ante la alternativa de ir de país en país visitando sus riquezas culturales o de ir a un único museo que cuenta con abundantes piezas representativas de todo el mundo, la capacidad de atracción de estos últimos está fuera de toda duda. De igual modo, cuando hablamos de obras maestras de transcendencia global, como los frisos y bajorrelieves del panteón ateniense, vestigios de una cultura esplendorosa que sigue siendo un referente en términos históricos, la conservación de las piezas originales en el lugar en que fueron concebidas y creadas reviste asimismo una importancia mayúscula a todos los efectos, tanto económicos como políticos.

La dicotomía entre ambas teorías no parece tener solución a medio plazo, salvo que la totalidad de los países partidarios de una de ellas mudase radicalmente su postura. Lamentablemente, eso no va a suceder y el estado actual del mercado internacional de bienes culturales y el reparto mundial entre «bienes proveedores» y «bienes comercializadores» es en sí mismo fruto de un proceso histórico. De ahí que las soluciones hayan de articularse mediante el mayor grado de consenso encauzado a través de tratados internacionales. En este punto es donde conviene detenerse a analizar la incidencia que puedan tener las convenciones más recientes de la Unesco que tratan aspectos de la realidad cultural mundial. La incorporación de nuevos conceptos jurídicos en la esfera del derecho internacional puede cambiar el esquema teórico planteado hasta el momento.

1.4. Incidencia de la diversidad cultural en las teorías de nacionalismo e internacionalismo cultural

Si bien las teorías del *nacionalismo cultural* y el *internacionalismo cultural* distan mucho de seguir hoy día una tendencia convergente, lo cierto es que el actual contexto ideológico acerca del tratamiento de los bienes culturales y el surgimiento de nuevos conceptos en Derecho internacional pueden dejar entrever una ligera inclinación de la balanza a favor del *nacionalismo*.

Como algunos autores señalan, la Convención de la Unesco de 1970¹⁷⁶, ratificada mayoritariamente por países que se pueden considerar «proveedores» de bienes culturales¹⁷⁷, expone una situación que trata de minimizar el movimiento de estos bienes hacia los países «comercializadores» estableciendo restricciones a la importación. Este planteamiento parece albergar en la esfera internacional una tendencia

¹⁷⁶ BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986, páginas 4869 a 4872.

¹⁷⁷ SLJIVIC, A., «Why do you think it's yours? An exposition of the jurisprudence underlying the debate between cultural nationalism and cultural internationalism», *The George Washington Journal of International Law and Economics* 1997-1998, vol. 31, n° 3, 405, y MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, n° 4, 843.

a dar primacía a la tesis del *nacionalismo cultural*¹⁷⁸. Merryman apuntaba a que el hecho de que países tradicionalmente comercializadores como Bélgica, Francia, Alemania, Japón, Países Bajos, Suiza y los países escandinavos no hubieran ratificado aún la convención (en el año 1986) se debía a que la Convención de 1970 tiene el propósito de «restrain the flow of cultural property from source nations by limiting its importation by market nations. It is true that the Convention applies only to the “illicit” international traffic in cultural property, but since many source nations have policies that, in effect, prohibit all export of cultural property, the distinction as to them is not significant»¹⁷⁹. Si bien los países que este autor menciona como ejemplo de naciones reticentes a la ratificación de este instrumento se han adherido finalmente a la Convención, resulta llamativo que la mayoría de los citados lo han hecho bastante tiempo después de que la Convención hubiese visto la luz, y algunos de ellos después de que se hubiese elaborado la Declaración de la Unesco de 2001 y la Convención de 2005 (así Reino Unido, Japón, Suecia, Dinamarca, Suiza, Noruega, Alemana, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo y Austria, ciñendonos en el ámbito europeo a países que destacan por su mercado del arte o su riqueza museística).

Este autor añade además que los postulados de la Convención de la Unesco de 1970 otorgan un considerable poder a los países proveedores, al dejar en manos de su legislación nacional la definición de «tráfico ilícito»¹⁸⁰ y que la ratificación de este instrumento por los países comercializadores implica una renuncia consciente a la oportunidad de seguir importando bienes culturales¹⁸¹.

No obstante, si nos atenemos al tenor literal del texto de la Convención de 1970, su propósito es evitar el tráfico ilícito de bienes culturales, y no necesariamente incidir en la legislación interna de los Estados parte incentivando cambios legislativos hacia una mayor restricción en las exportaciones de estos bienes. Por otra parte, si los procesos de circulación transfronteriza de estos bienes se realizan observando la legislación interna

¹⁷⁸ SLJIVIC, A., «Why do you think it's yours? An exposition of the jurisprudence underlying the debate between cultural nationalism and cultural internationalism», *The George Washington Journal of International Law and Economics* 1997-1998, vol. 31, nº 3, 405.

¹⁷⁹ MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, nº 4, 843: «frenar el flujo de bienes culturales de las naciones proveedoras, al limitar las importaciones de los países comercializadores. Es cierto que la Convención sólo se aplica al tráfico internacional «ilícito» de bienes culturales, pero, ya que muchas naciones proveedoras tienen políticas que, en efecto, prohíben todas las exportaciones de bienes culturales, la distinción no es tan significativa para ellas» —t.p.—. Debe tenerse en cuenta que desde que este autor elaboró este artículo en 1986, las naciones que mencionaba como ejemplo han ratificado este instrumento; así, Bélgica lo hizo el 31/03/2009; Francia, el 07/01/1997; Alemania, el 30/11/2007; Japón, el 09/09/2002; Países Bajos, el 17/07/2009; Suiza, el 30/10/2003; y países escandinavos como Noruega, el 16/02/2007; Suecia, el 13/01/2003, o Finlandia, el 14/06/1999 (lista de países que han ratificado la Convención de la Unesco de 1970 disponible en <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=S&order=alpha> [consultada el 07/08/2015]).

¹⁸⁰ MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, nº 4, 844-845, habla de que el texto de la Convención concede un «cheque en blanco» para que los países proveedores puedan definir qué ha de entenderse por «ilícito» a su libre voluntad.

¹⁸¹ MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, nº 4, 843.

que los regula, nada obsta para que los países comercializadores los sigan importando¹⁸². No en vano, en los considerandos de la Convención se afirma que «el intercambio de bienes culturales entre las naciones con fines científicos, culturales y educativos aumenta los conocimientos sobre la civilización humana, enriquece la vida cultural de todos los pueblos e inspira el respeto mutuo y la estima entre las naciones» y que «es indispensable que todo Estado tenga cada vez más conciencia de las obligaciones morales inherentes al respeto de su patrimonio cultural y del de todas las naciones».

Desde este punto de vista, y tomando en cuenta afirmaciones de esta naturaleza, que parten de un respeto mutuo entre países y el reconocimiento de sus respectivos patrimonios culturales, plantear la idea de que la Convención de 1970 contribuye a limitar la circulación de bienes culturales supone pasar por alto la posible ilicitud del acto por el que los bienes salen de un país para ser comercializados en otro. El carácter ilícito no viene dado por la Convención, sino por la legislación del país de origen del bien, que se ha visto contravenida. La Convención no trata sino de crear un contexto general proclive al respeto mutuo de las normas nacionales que se ocupan de la circulación de bienes culturales y establecer mecanismos de restitución cuando estas regulaciones se hayan incumplido. Si esto supone de algún modo establecer restricciones a la importación de bienes culturales ello sería en parte porque al país importador no le interesaría conocer el origen del bien ni cómo ha llegado al territorio, lo cual implica consentir de forma subrepticia una posible práctica ilícita. En definitiva, no comparto la idea de que la Convención de 1970 inhiba el tráfico internacional de bienes culturales, sino que establece un panorama de respeto internacional de las normativas internas proteccionistas de los patrimonios culturales nacionales. En consecuencia, si se advierte por la doctrina una tendencia actual mayoritariamente proclive a la teoría del *nacionalismo cultural*, no ha de sustentarse necesariamente en la promulgación de esta Convención de 1970. El considerable volumen de países que han ratificado este instrumento¹⁸³, siendo todos ellos países de perfil muy diverso y muchos de ellos de los tradicionalmente considerados «comercializadores», puede hacernos pensar que esa propensión encuentra su razón de ser en otras cuestiones.

¹⁸² Aunque el articulado de la Convención se centra en establecer compromisos que los países parte han de asumir para evitar el tráfico ilícito, esos deberes tienen una doble vertiente: por un lado, la obligación de no importar bienes objeto de tráfico ilícito ni promover estas prácticas de modo alguno; y por otro lado, el establecimiento de sistemas de regulación, control y seguimiento de las exportaciones autorizadas, lo que en muchos países se tradujo en la creación de una normativa *ad hoc* que carecía de precedentes de tal alcance (así fue el caso de México, Guatemala, Costa Rica o Ecuador, entre otros—Vid. MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1051—). En este sentido, si se comprende la idea apuntada por Merryman de que la ratificación de la Convención de 1970 supone una renuncia de los países comercializadores a importar bienes culturales, pero la ausencia previa de legislación no reviste de «licitud moral» al hecho mismo; es decir, este mercadeo de bienes culturales fue posible hasta el momento por ausencia de una norma de protección, lo cual no elimina el aspecto de «aprovechamiento estratégico» de esta circunstancia para obtener un beneficio en el mercado de bienes culturales. En todo caso, hay que insistir en que la ilicitud vendrá determinada por el país de origen del bien.

¹⁸³ Un total de 131. Vid. <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=S> [consultada el 10/11/2016].

Autores como Mastalir apuntan en otra dirección y señalan la vinculación de los bienes culturales (y el respeto a las respectivas normativas que regulan su exportación, preservación y conservación) con los derechos humanos¹⁸⁴. En la exposición de las tesis del *nacionalismo cultural* y el *internacionalismo cultural*, este autor incide en la doble vertiente que encierran esta clase de bienes, en donde se aúnan, por un lado, la propiedad, y todos los aspectos jurídicos y económicos derivados de este derecho como la susceptibilidad de comercio, la posibilidad de enajenación, de reivindicación y de ejercicio de derechos secundarios albergados dentro de la titularidad; y por otro lado, su naturaleza «cultural» y las implicaciones que esto supone para el bien y sus titulares¹⁸⁵.

En opinión de Mastalir, ambas teorías se fundamentan respectivamente en una de estas dos vertientes presentes en los bienes culturales. De este modo, el *internacionalismo cultural* pone el punto de mira en los bienes culturales como objetos susceptibles de propiedad, y todos los argumentos esgrimidos por los autores defensores de esta corriente de pensamiento pueden reconducirse a esta idea primaria de propiedad¹⁸⁶. La afirmación realizada por Merryman de que el *internacionalismo cultural* se define por la defensa de la preservación, la integridad y la distribución¹⁸⁷ enlaza directamente con la máxima de que estos bienes son objetos de propiedad, ya que «Property may be physically preserved, its integrity may be maintained, and its distribution may be controlled, for example by customs regulations and property law principles of repose and good faith purchase»¹⁸⁸. Desde esta perspectiva, los bienes culturales deberían someterse a las reglas del comercio como cualquier otro bien, y las referencias a su contenido cultural pueden considerarse «aspectos sentimentales» que poco o nada tienen que ver con el derecho¹⁸⁹. Mastalir señala que la posición de esta escuela de pensamiento había sido predominante en el régimen internacional de protección de los bienes culturales¹⁹⁰.

¹⁸⁴ MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1058.

¹⁸⁵ MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1037. También así GEGAS, E. I., «International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property», *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 129, 1997-1998, vol. 13, 132.

¹⁸⁶ MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1060.

¹⁸⁷ MERRYMAN, J. H., «Thinking about the Elgin marbles», 83 Mich. L. Rev. 1984-1985, 1917.

¹⁸⁸ MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1060: «La propiedad puede ser preservada físicamente, su integridad se puede mantener, y su distribución se puede controlar, por ejemplo, por los reglamentos aduaneros y los principios del derecho de propiedad de confianza y compra de buena fe» —t.p.—.

¹⁸⁹ MERRYMAN, J. H., «Thinking about the Elgin marbles», 83 Mich. L. Rev. 1984-1985, 1883: en este pasaje el autor argumenta que la discusión entre griegos y británicos sobre la posible restitución de los mármoles de Elgin despierta sensibilidades y una llamada a la emoción por parte de los reclamantes, pero que la respuesta a la controversia debe basarse en argumentos y principios razonados.

¹⁹⁰ MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1062: «What this school of thought is really talking about is not «internationalism» taking pre-eminence over «nationalism», but the pre-eminence of the property aspect over the cultural aspect. The concern is with

Por su parte, el *nacionalismo cultural* se centra en la vertiente cultural de los bienes y más en particular en la conexión que existe entre los bienes y la identidad del colectivo. Es precisamente esta afinidad y conexión con el grupo lo que hace que las cuestiones vinculadas a la preservación y conservación de bienes culturales deban ser tratadas como temas de derechos humanos¹⁹¹. Este fue el argumento que sirvió en su momento para elaborar la Ley NAGPRA¹⁹² y encauzar las solicitudes de repatriación de bienes que integraban el patrimonio cultural de los nativos americanos. El respeto a los derechos humanos era el fundamento sobre el que sostener la identidad tribal. La restitución de los bienes, dada su conexión identitaria con la comunidad y con el acervo religioso, de conocimientos tradicionales y cultural de los pueblos, era un mecanismo de respeto de sus derechos humanos y de su dignidad grupal. Negarse a la restitución habría sido una perpetuación de la violación de tales derechos¹⁹³.

Sin embargo, la tesis del *nacionalismo cultural* no prohíbe de manera radical la circulación de bienes culturales. Según el planteamiento expuesto por Mastalir, la respuesta de esta doctrina debería ser la inexportabilidad absoluta de esta clase de bienes¹⁹⁴, mientras que la realidad normativa nos demuestra que los diferentes Ordenamientos jurídicos de países considerados «proveedores» no limitan de manera completa la salida de bienes de su territorio¹⁹⁵. Los sistemas de protección diseñados tratan de salvaguardar los bienes más representativos e importantes, aquellos en los que

physical preservation of objects and with their proper ownership. A regime based on the preeminence of the property aspect gives short shrift to the cultural significance of objects, rejecting it as mere sentimentality. The position of this school of thought has generally prevailed in the current regime for the international protection of cultural property». [«De lo que esta escuela de pensamiento está hablando realmente no es del «internacionalismo» teniendo preeminencia sobre el «nacionalismo», sino de la preeminencia de los aspectos de propiedad sobre el aspecto cultural. La preocupación es con la conservación física de los objetos y con su propiedad adecuada. Un régimen basado en la preeminencia del aspecto de la propiedad presta poca atención a la importancia cultural de los objetos, rechazándola como mero sentimentalismo. La posición de esta escuela de pensamiento ha prevalecido en general en el régimen actual para la protección internacional de los bienes culturales —t.p.—].

¹⁹¹ MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1062.

¹⁹² Se trata de la Native American Grave Protection and Repatriation Act, promulgada en 1990. Como explica RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. A. «La Ley Federal NAGPRA, patrimonio arqueológico e identidad étnica en Puerto Rico», en *Boletín de Antropología Americana* 2009, n° 45, 60: «Entre sus objetivos se encuentran el reconocimiento al derecho de los indios americanos a reclamar y participar en la administración de su patrimonio y herencia cultural. Además, provee para proteger yacimientos no excavados tomando en consideración evitar el saqueo y tráfico de piezas dentro del país, como hacia el extranjero. Obliga a los museos y otras instituciones educativas y de investigación a realizar inventarios de todas las colecciones bajo su custodia donde aplique la ley, y comiencen un proceso de repatriar todos los materiales, incluyendo restos humanos, una vez se haya establecido vínculos históricos, lingüísticos, culturales, con las tribus a quienes le pertenezcan».

¹⁹³ MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1063.

¹⁹⁴ Así, por ejemplo, MOUSTAKAS, J., «Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability», *Cornell Law Review* 1989, n° 74, 1185, que habla de inalienabilidad.

¹⁹⁵ MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 172, señala que la mayoría de los países ha establecido legislaciones proteccionistas que limitan la circulación de bienes culturales mediante la exigencia de una serie de requisitos o la creación de categorías y clasificaciones internas de diferente alcance, pero salvo casos muy concretos (y cita a Turquía y Hungría, que prohíben por completo la exportación definitiva de bienes culturales), los países no eliminan la posibilidad de exportación de forma absoluta.

el valor simbólico y la conexión identitaria con la comunidad son más relevantes¹⁹⁶. Aun entendiendo que la conexión entre el valor cultural de los bienes y la sociedad a la que pertenecen es una cuestión de derechos humanos, no debería haber obstáculos para la salida de algunos de esos bienes que pertenezcan a las categorías de menor protección normativa si se sigue el mecanismo legal previsto para ello. Es decir, si el Ordenamiento nacional establece una legislación de salvaguardia que acoge un procedimiento de exportación específico, debe asumirse que dicho procedimiento ya ha tomado en consideración el conjunto de circunstancias concurrentes, así como la importancia cultural y el valor simbólico del bien en cuestión, y ha permitido con ello su salida. De este modo, aunque exista una conexión entre los bienes culturales y los derechos humanos del colectivo, no toda exportación estaría violando tales derechos, sino únicamente la realizada en contravención a las disposiciones legales de circulación o en otra situación de fuerza, como un conflicto armado o una sustracción delictiva.

No obstante, este postulado de conexión con los derechos humanos reviste una transcendental relevancia porque parte de un fundamento primordial que está hoy en la base de la mayoría de los desarrollos teóricos sobre la importancia cultural de estos bienes, y es la asunción del valor identitario que encierran como portadores de una carga simbólica y superior que los vincula con el colectivo en que fueron concebidos, creados y producidos. Este planteamiento ideológico enlaza en tiempo y contenido con la evolución observada en la comunidad internacional acerca del tratamiento y consideración de la cultura como factor de cambio y elemento medible del *desarrollo*, así como en las primeras advertencias manifestadas sobre la necesidad de equilibrar la relación cultura/comercio.

Al igual que sucedía con el concepto «conservación» empleado por una y otra teorías en una manera que podía arrojar lecturas divergentes (para el *nacionalismo*, «conservar» implica mantener los bienes en el territorio propio; mientras que para el *internacionalismo* se refiere a su mantenimiento y supervivencia, y mejor en un país comercializador que poseerá más riqueza, medios y recursos para ello); otro tanto podría alegarse del término «integridad» al que la doctrina del *internacionalismo* recurre como uno de sus principales argumentos. La integridad se emplea por los defensores de esta tesis como una consecuencia lógica de la necesidad de conservación, que atiende a mantener los bienes en un todo, con todas sus partes y piezas completas y no disgregadas. Sin embargo, podría dársele a este concepto otro significado adaptado a los postulados del *nacionalismo* y deducir que la integridad se refiere a la salvaguardia de los bienes culturales *en su contexto*, formando un todo indisoluble que los dota de mayor significado y poder de comunicación que el que tendrían de forma aislada y

¹⁹⁶ Puede servir como ejemplo la clasificación realizada por nuestra Ley 16/1985, que reserva a la categoría de bienes inexportables aquellos que hayan sido calificados como BIC (Bienes de Interés Cultural), categoría que, según el art. 1.3 corresponde a «Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español». Otras legislaciones de nuestro entorno más próximo siguen un sistema similar a través de clasificaciones por categorías, de modo que algunas de ellas, las destinadas a los bienes más relevantes, son inexportables (p. ej.: Italia, Francia, Bélgica, Portugal, Grecia, Noruega — MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 173 y ss.—).

separada de este entorno propio. Es más, algún autor extiende la necesidad de conservación a este contexto propio de los bienes culturales¹⁹⁷.

Hay que tener en cuenta que en este tipo de cuestiones la discusión no es terminológica, sino conceptual. Lo relevante es determinar hasta qué punto la comunidad internacional extiende hoy el deber de conservación que, recordemos, es el punto que tienen en común las teorías del *nacionalismo cultural* y el *internacionalismo cultural*¹⁹⁸. A este respecto resulta relevante la aparición de otras ideas que ahondan en la relación de los bienes con su entorno, como son la *verosimilitud* y el *acceso*¹⁹⁹. La *verosimilitud* hace referencia a un estado de la información y percepción sobre los bienes que permita conocer en detalle su contexto y razón de ser, de ahí la posibilidad de *acceso*, noción vinculada a las necesidades académicas y del público general para permitir el estudio en profundidad o el disfrute pleno de esos bienes. Se entiende que esa *verosimilitud* de los bienes sólo puede existir y apreciarse si el bien permanece en su contexto original, donde sea estudiado y visitado; y no extraído de este entorno genuino para ser expuesto en un lugar ajeno donde pierda su identidad y poder vehicular.

Estos planteamientos, mediante el recurso a diferentes términos, muchas veces empleados de una forma intencionada, no hacen sino ahondar en una percepción general sobre el valor de los bienes culturales que paulatinamente ha ido cuajando en la comunidad internacional. La progresión advertida en el tratamiento de la cultura como factor de cambio, que hemos expuesto en apartados anteriores, incide también en el modo en que los bienes culturales son concebidos en la esfera internacional. Más allá de la cultura como fenómeno socio-antropológico, los bienes culturales, objetos físicos en los que se condensa, en forma tangible, la cultura, son considerados elementos portadores de valores identitarios con la comunidad. Recordemos a este respecto lo dispuesto en el art. 8 de la Convención de la Unesco de 2005, al insistir en el carácter específico de los bienes culturales «por ser portadores de identidad, de valores y sentido» y lo que se extrae del conjunto del articulado de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de 2001 al exponer las conexiones de las manifestaciones culturales con la identidad, postulados expuestos en los considerandos del texto («Reafirmando

¹⁹⁷ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 29; que recurre a un concepto amplio de «conservación». También así BRODIE, N. (2006) «An archaeologists view of the trade in unprovenanced antiquities», en B. T. HOFFMAN (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 52, especialmente cuando hablamos de bienes arqueológicos.

¹⁹⁸ MASTALIR, R. W., «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal* 1992, vol. 16, issue 4, 1974: «Despite the differences in their views of the matter, acquisitive nations and source nations agree on a zone of common concern that involves the preservation of cultural property». [«A pesar de las diferencias en su visión de la cuestión, las naciones adquisidoras y las proveedoras concuerdan en una zona común que implica la conservación de los bienes culturales» —t.p.—]. A esto añade el autor que esa concepción de la «conservación» se aborda desde la perspectiva del derecho de propiedad para los partidarios del *internacionalismo*, y desde la perspectiva del valor cultural de los bienes, para la doctrina del *nacionalismo*.

¹⁹⁹ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 29.

que la cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social» y «Constatando que la cultura se encuentra en el centro de los debates contemporáneos sobre la identidad, la cohesión social y el desarrollo de una economía fundada en el saber»).

De esta concepción se extraen una serie de consecuencias ideológicas conectadas con diferentes sectores, entre ellos, los derechos humanos, como hemos visto, pero también con otros fenómenos propios de las relaciones entre naciones como el respeto mutuo de sus soberanías, la incidencia en el *desarrollo (sostenible)*, su impacto en la globalización, la relación con el mercado mundial, etc. El estado de esta cuestión en nuestros días ha hecho prosperar la idea ampliamente aceptada de que los países tienen un interés legítimo en su patrimonio cultural y que su territorio es el mejor lugar en el que conservar estos bienes en beneficio de toda la humanidad²⁰⁰. A esta construcción doctrinal han contribuido la promulgación de la Convención de la Unesco de 1970 y, más concretamente, los compromisos legislativos llevados a cabo por los países que la han ratificado; así como la aparición de otros textos que tratan de buscar un consenso internacional a la hora de establecer mecanismos de restitución de bienes culturales objeto de tráfico ilícito, como el Convenio Unidroit de 1995 o las Directivas Europeas de 1993 y 2014.

Debe admitirse que la aparición de estos instrumentos tiene el poder de precipitar una reacción en cadena por parte de los países que los van ratificando, en la medida en que se adhieren a un tratado que posiblemente exija la adopción de medidas legislativas internas para ajustarse a sus postulados; pero es quizás más relevante a estos efectos considerar el contexto que dio luz verde a la elaboración de estos acuerdos. Sin un estado ideológico previo proclive al establecimiento de tales compromisos, ningún texto que buscara la restitución de bienes culturales habría visto la luz. Otra cuestión que se plantea a raíz de la promulgación de estos documentos es el poder de cambio de orientación conceptual que producen en la comunidad internacional. Retomando el dato apuntado más arriba en este epígrafe, la reciente ratificación de la Convención de la Unesco de 1970 por países «comercializadores» como Suiza, Dinamarca, Reino Unido o Japón²⁰¹ después de que la Convención llevase más de 30 años en vigor, puede

²⁰⁰ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 30. FRACIONI, F. (2009) «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 14, apunta que un número creciente de países exportadores e importadores ha ido reconociendo la existencia de obligaciones de prevención y represión del tráfico ilícito de bienes culturales.

²⁰¹ MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 172, señala que Suiza y Dinamarca destacan por la amplia liberalización de su mercado, que no impone restricción alguna al comercio de bienes culturales. EE.UU. es también un claro ejemplo de país comercializador, pero ratificó la Convención en 1983, mediante la Convención of Cultural Property Implementation (CPIA); si bien algunos autores señalan que la incorporación que se ha hecho de sus principios ha sido «mínima» (CHIPPINDALE, C. y GILL, D. W. J., «Material Consequences of Contemporary Classical Collecting», *American Journal of Archaeology*, Archaeological Institute of America 2000, vol. 104, nº 3, 465).

hacernos pensar que existe verdaderamente un cambio de tendencia en el tratamiento de esta problemática con una lectura más proclive a los postulados del *nacionalismo cultural*.

Una de las ideas que podría motivar esta tendencia es, precisamente, el impulso proveniente de la *diversidad cultural*. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de exponer, el concepto de *diversidad* es fruto de un largo proceso evolutivo hacia la consolidación de la cultura como un factor de cambio, con multitud de ramificaciones en campos diversos. Uno de los efectos que podría advertirse es la asunción total de la idea de diversidad y su repercusión en el tratamiento de la cultura como un todo, es decir, la completa aquiescencia por la que la *diversidad* es una «realidad» fuera de toda duda y que de su toma en consideración han de derivarse una serie de consecuencias en la definición de las políticas públicas de los Estados, internas y externas. Entre los deberes derivados de la observancia de la *diversidad* en la esfera internacional se encontraría el respeto a las legislaciones internas que regulan el patrimonio cultural, la admisión de la conexión existente entre los bienes culturales, integrantes de dicho patrimonio, y la comunidad (valor identitario), y el compromiso de mantener la integridad y el contexto genuinos del patrimonio cultural y la comunidad (o nación) a la que pertenece. En este sentido, considero que el asentamiento de la noción de *diversidad cultural* en la comunidad internacional ha influido de forma determinante para inducir a algunos países a ratificar, entre otros textos, la Convención de 1970. Pensemos que la Convención busca principalmente luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales, pero también establecer mecanismos de restitución, y, si bien el primer aspecto puede ser fácilmente compartido por todas las naciones (no han de consentirse prácticas ilícitas, cualquiera que sea su contenido), el segundo resulta claramente más problemático porque no todos los países comulgan con esta idea de la restitución. Ahora bien, si Estados como Suiza, Dinamarca, EE.UU. o Reino Unido han ratificado el texto, dando lugar a que puedan plantearse acciones de restitución, ello puede deberse a la asunción de un deber de respeto ulterior, que conecta con los valores existentes entre los bienes culturales y su contexto de origen. Cosa distinta es cómo vayan a sustanciarse los procedimientos en los que se reclame la restitución de los bienes, tema del que nos ocuparemos a continuación; aunque esto no desmerece en absoluto en avance que supone contar con nuevas ratificaciones de las Convenciones de 1970 y 2005.

2. Principales cuestiones derivadas de la circulación internacional de bienes culturales: tráfico lícito e ilícito

Como punto de partida al exponer esta cuestión, debemos señalar que este trabajo se centra en el análisis de la circulación transfronteriza de bienes culturales. Esto no implica que la circulación de esta clase de bienes dentro de los mismos límites territoriales de un único Estado no pueda también ser calificada de legal o ilegal, como es obvio; no obstante, la resolución de los posibles conflictos al respecto se sustanciará mediante la aplicación de un mismo Ordenamiento jurídico, planteando la solución de la

controversia *a priori* más sencilla y rápida que cuando entran en conflicto diferentes sistemas normativos. El panorama se presenta bien distinto en el caso del tráfico transfronterizo de bienes culturales. La concurrencia de regulaciones dispares al respecto, la presencia de tradiciones normativas diferentes, con múltiples mecanismos de resolución de conflictos y distintas esferas de alcance en el amparo de derechos personales, incluso la desigual protección o legitimación para la salvaguardia de estos derechos, de contenido no idéntico, son circunstancias a tener en cuenta en la resolución de este tipo de problemática con salto de fronteras.

La circulación legal de bienes culturales tendrá lugar cuando se haga de forma que se observen todas las prescripciones normativas que permiten la enajenación o salida del bien de las fronteras del Estado en que se encuentra. *A sensu contrario*, la circulación se convierte en ilícita cuando se contravienen las normas reguladoras de la circulación legal de estos bienes previstas por cada Estado.

En efecto, numerosos países han dictado normas propias para regular el tráfico de objetos culturales, muchas veces insertas en regulaciones específicas sobre la definición, clasificación, inventario, tratamiento y régimen aplicable a su patrimonio cultural, como en el caso de España²⁰². El objetivo primordial es salvaguardar ese patrimonio mediante el establecimiento de una serie de medidas que determinan el régimen jurídico aplicable a dichos bienes, con independencia de su titularidad dominical. En el caso de nuestro país, la promulgación de la Ley 16/1985, desencadenó la adopción de otras medidas legislativas, como la tipificación de delitos contra el patrimonio histórico en nuestro Código Penal, la regulación de procedimientos administrativos para dar cumplimiento a dichas previsiones normativas o el dictado de un reglamento de desarrollo de esta ley, aprobado por RD 111/1986 de 10 de enero²⁰³, sobre la creación de determinados órganos administrativos encargados de la calificación de los bienes y la elaboración de inventarios, entre otros cometidos.

Este tipo de normas nacionales, en cumplimiento de su finalidad principal de mantenimiento y preservación del patrimonio cultural, establecen limitaciones a la disposición de estos bienes en el tráfico jurídico, imponen deberes de conservación a sus propietarios, así como restricciones a su libre circulación internacional, por cuanto se estima por el legislador que esta clase de bienes constituyen la sustanciación o la representación material de los valores identitarios intangibles de la cultura propia, producto de la evolución histórica de la sociedad nacional y por ello deben permanecer en el territorio en donde fueron creados y/o conservados. El tráfico ilícito consistirá, por tanto, en la inobservancia de este conjunto normativo que somete la circulación de estos

²⁰² MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 173, indica que numerosos países han seguido un régimen similar mediante el establecimiento de un sistema de clasificación de bienes y un procedimiento de autorización de la exportación, siempre que se cumplan determinados requisitos (Chipre, Grecia, Italia, Malta, Alemania, Suecia, Bélgica, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo o Países Bajos).

²⁰³ Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español: BOE núm. 24, de 28 de enero de 1986, páginas 3815 a 3831 (BOE-A-1986-2277).

bienes al cumplimiento de una serie de requisitos administrativos previos o que prohíben simplemente su exportación.

El establecimiento de un sistema de licencia o autorización de circulación busca tener un control, conocimiento y seguimiento de la salida de bienes culturales fuera de las fronteras del Estado, mientras que las prohibiciones de exportación tratan de conservar en el territorio la integridad de unos bienes considerados de especial importancia cultural para el Estado. Ese incumplimiento normativo puede consistir en la mera inobservancia por el infractor de las disposiciones administrativas previstas para llevar a cabo un proceso de exportación legal o en la realización de conductas delictivas como el robo y el hurto, que sustraen el bien a su legítimo titular y lo introducen en el circuito del contrabando de obras de valor artístico-cultural.

Por lo tanto, podemos señalar como supuestos de tráfico ilícito, que se diferencian entre casos de exportación ilegal y robo, los siguientes:

- a) Salida del bien del territorio incumpliendo de la normativa interna que prescribe la inexportabilidad del bien (exportación ilegal)
- b) Incumplimiento de la normativa al no haber obtenido la autorización de exportación preceptiva, fuera el bien considerado exportable o no (exportación ilegal)
- c) Falta de devolución del bien en el tiempo debido cuando se ha autorizado una salida temporal (exportación ilegal)
- d) Sustracción, robo o expolio

A este listado podría añadirse el caso del «robo arqueológico», referido al supuesto de bienes procedentes de excavaciones ilegales cuando la legislación nacional prevea la atribución al Estado de la propiedad de los bienes hallados en excavaciones no autorizadas²⁰⁴.

Conviene señalar a este respecto que las conductas ilegales habían contado hasta hace apenas unas décadas con un estado de la legislación más favorable a su comisión y consumación con éxito, pues los Estados no habían desarrollado una normativa interna suficientemente proteccionista que previese como mecanismos de salvaguardia, entre otros, la creación, mantenimiento y actualización de un inventario de piezas estimadas de especial interés cultural, lo que dificultaba tanto su rápida identificación en caso de extravío o sustracción y posterior hallazgo, como la constancia detallada de su existencia, características y rasgos distintivos. Esta tendencia se ha invertido en los últimos 30 años²⁰⁵, y todos los países han dictado normas focalizadas en la protección y

²⁰⁴ Vid. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 71.

²⁰⁵ Destaca la proliferación de normativa proteccionista en los países latinoamericanos tras la promulgación de la Convención de la unesco de 1970, así como las medidas adoptadas por los países que recuperaron su soberanía tras el proceso de descolonización (países en vías de desarrollo). FRANCIONI,

conservación de sus patrimonios culturales respectivos, en las que la elaboración de inventarios en los que incluir los bienes más destacados de ese patrimonio es una de las medidas más extendidas.

No obstante, estas medidas siguen siendo insuficientes para evitar y erradicar el tráfico ilícito de bienes culturales. Algunos autores han señalado que el establecimiento de estas disposiciones restrictivas a la exportación no hace sino reavivar el mercado negro de bienes culturales y piezas de arte²⁰⁶. En ese sentido es evidente que si a partir del surgimiento de una determinada legislación que prevé un proceso de exportación, dicha legislación es contravenida, se calificará como «ilícito» un acto que antes no lo era por ausencia de norma; pero estas tesis parecen obviar que el nacimiento de estas legislaciones tiene su origen en unos fines superiores de protección, luego, es necesario actuar en consecuencia y acatar el derecho soberano de las naciones de fijar su propia normativa. En la misma línea, otros autores afirman que la proliferación de estas regulaciones restrictivas se han mostrado ineficaces²⁰⁷, pero no consideran que una relajación del sistema de exportaciones redundase positivamente en una disminución del tráfico ilícito²⁰⁸. La ineficacia proviene de la tensión existente entre la demanda de comercialización de bienes culturales y la oferta que realmente se logra siguiendo todos los procesos legales. Si muchos de los bienes que despiertan gran interés para el mercado se declaran inexportables, la demanda no se ve satisfecha. La forma de cubrir esa solicitud de bienes pasa por eludir el cumplimiento de la norma, por lo que todos los mecanismos legislativos previstos para salvaguardar los bienes resultan inoperantes. Por otro lado, las medidas excesivamente restrictivas o las que prohíben por completo las

F. (2009) «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 13, marca como punto de inflexión en este progreso la propia creación de la Unesco en 1945.

²⁰⁶ Muy particularmente Merryman, a quien hemos citado en varias ocasiones. MERRYMAN, J. H., «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law* 1986, vol. 80, n° 4, 847. Este autor augura que las políticas restrictivas de la exportación obligan a buscar subterfugios para continuar con el mercado de bienes culturales, con la gravedad de que son las personas equivocadas quienes comienzan a tomar en contral de los flujos de bienes, con los riesgos que esto implica.

²⁰⁷ BRODIE, N. (2004) «Export Deregulation and the Illicit Trade in Archaeological Material», en J. R. RICHMAN y M. P. FORSYTH (eds.), *Legal Perspectives on Cultural Resources*, Walnut Creek: AltaMira, 86, expone la tesis defendida por BATOR, P. M. *The International Trade in Art*. Chicago: University of Chicago Press 1983, sobre la insuficiencia de los mecanismos restrictivos de la circulación de bienes adoptados por algunas legislaciones. Citan el caso de Italia, cuyo sistema de inexportabilidad casi absoluta se ha mostrado ineficaz. La ineficacia proviene de la imposibilidad de imponer estas medidas en la práctica.

LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, P., *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*. Valencia: Tirant lo blanch 2001, 25, apunta además que otro de los motivos de esta ineficacia es la imposibilidad de hacer valer las normas más allá de las fronteras del país, por lo que la estimación como ilegal de una exportación no tienen en principio más valor que el determinado por la legislación interna.

²⁰⁸ BRODIE, N. (2004) «Export Deregulation and the Illicit Trade in Archaeological Material», en J. R. RICHMAN y M. P. FORSYTH (eds.), *Legal Perspectives on Cultural Resources*, Walnut Creek: AltaMira, 85, opina que, muy al contrario, la eliminación de algunas restricciones haría más fluido el mercado de bienes culturales, obviamente, pero esto no sería garantía de una disminución de los saqueos ni de la proliferación de excavaciones no autorizadas, con la consiguiente pérdida del entorno arqueológico, que tanta información aporta sobre el contexto de los bienes.

exportaciones desencadenan otra serie de inconvenientes, como la focalización de todos los esfuerzos y recursos en garantizar el cumplimiento de la norma con el riesgo de desatención de otras necesidades como la inversión en investigación o la propia conservación de los bienes, o la retención de bienes arqueológicos que por haber sido extraídos varios años atrás han perdido todo su contexto, y que podrían ser exportado sin perjuicio alguno²⁰⁹.

Parece evidente que en la problemática derivada de la circulación de bienes culturales coexisten cuestiones que se escapan de la esfera puramente jurídica. Las causas que motivan la aparición tráfico ilícito no se originan en la norma, aunque es precisamente la presencia de una norma lo que permite calificar el acto de «ilícito» al verse contravenida. Hay que estimar asimismo la concurrencia de otros factores que contribuyen a la propagación de estas prácticas sin que se pueda señalar fácilmente a un único responsable. Pensemos que uno de los grandes atractivos para el incumplimiento de las normas es la puesta en circulación de un bien con cuya comercialización se espera obtener un enorme beneficio. A diferencia de otros mercados que se desarrollan al margen de la ley, lo característico en el caso de la venta de bienes culturales es que el máximo provecho económico suele obtenerse mediante la enajenación en subasta, lo que exige la intervención de terceras personas en el proceso de circulación que pueden desconocer la procedencia ilícita del bien y, sin embargo, respaldar con su solvencia y compromiso profesionales esa venta. En otros productos objeto habitual de contrabando, la ocultación es una característica que acompaña todo el proceso, desde la obtención de la materia que se vaya a comercializar hasta su venta. En cambio, en el mercado del arte suele ser frecuente esta convivencia de esferas legales e ilegales de actividad²¹⁰.

Igualmente hay que señalar como característica en estos casos que la salida de un bien cultural de las fronteras del país de origen sin haber cumplido el procedimiento de autorización previsto por la legislación nacional, lo que constituye un supuesto de exportación ilegal según la normativa interna, puede entenderse como un acto lícito en el país al que el bien ha sido llevado, sea para comercializarlo, sea para conservarlo por cambio de residencia, traspaso en herencia o cualquier otro motivo. Esta situación parte de un principio fundamental en Derecho internacional de no injerencia y respeto de la soberanía de las naciones, como es obvio; pero en el caso de presentarse una reclamación internacional de restitución del bien por un Estado que no ha autorizado su salida o por un propietario desposeído, las respuestas, siguiendo la pauta competencial

²⁰⁹ por BATOR, P. M. *The International Trade in Art*. Chicago: University of Chicago Press 1983, 49-50, *apud* BRODIE, N. (2004) «Export Deregulation and the Illicit Trade in Archaeological Material», en J. R. RICHMAN y M. P. FORSYTH (eds.), *Legal Perspectives on Cultural Resources*, Walnut Creek: AltaMira, 86.

²¹⁰ CHIPPINDALE, C. y GILL, D. W. J., «Material Consequences of Contemporary Classical Collecting», *American Journal of Archaeology*, Archaeological Institute of America 2000, vol. 104, nº 3, 464, señalan que el coleccionismo contemporáneo descansa en gran medida en un sistema básico de documentación fraudulenta acerca del origen y procedencia de los bienes que se comercializan, documentación que sirve para legitimar la adquisición de estos objetos y la capacidad de transmisión del vendedor.

de la *lex rei sitae*, pueden ser claramente divergentes. De hecho, el conocimiento de esta circunstancia ha hecho que algunos marchantes y tratantes de arte empleasen esta regla jurídica como un recurso estratégico con el que eludir la prosperidad de una reclamación. Así, si el Ordenamiento jurídico de un Estado protege fuertemente al adquirente de buena fe, frente a otro Estado en que rige la máxima de *nemo dat quod non habet*, y por tanto, la ilicitud del origen viciaría cualquier transmisión dominical posterior, lo más lógico es llevar el bien al primero, proceder a una transmisión donde concurra buena fe y evitar la viabilidad de cualquier acción de reclamación. Se trataría casi de una suerte de «blanqueo de bienes culturales» mediante la elección del país más favorable a los intereses de un infractor y un mal uso o un uso intencionado de la norma de conflicto aplicable²¹¹.

Por otro lado, tal y como acabamos de mencionar en el párrafo precedente, los países tienen un distinto tratamiento de las reglas de transmisión de la propiedad y de la protección de los adquirentes de buena fe. Los bienes culturales presentan esa doble vertiente que ya hemos mencionado de ser objetos de tráfico jurídico susceptibles de propiedad privada y al mismo tiempo condensar una serie de valores y principios en los que existe un interés público de protección. Si la sustanciación de una reclamación de restitución se aborda estrictamente desde el punto de vista dominical, estaríamos obviando la transcendencia cultural del bien como tal y dejando la resolución del caso a expensas de los mecanismos previstos por la ley aplicable, que pueden no coincidir con los fines pretendidos por el Estado de cuyo territorio ha salido el bien. En el caso de ser aplicable una normativa que no contemple la ilicitud de la salida del bien de su país de origen y proteja a un nuevo adquirente, el país perderá el bien y el comprador conservará la titularidad²¹². Por el contrario, si atendemos a una legislación que ponga el punto de mira en el valor cultural de bien podría verse desprotegido el derecho de propiedad de un adquirente que ha obrado de buena fe, o incluso podría llegar a establecerse un sistema de restricción absoluta de la circulación de bienes con potencial para desencadenar otra serie de perjuicios.

La diversidad de fallos a los que se puede llegar en un supuesto de reclamación de restitución atendiendo a la legislación interna exige buscar soluciones que superen en la medida de la posible estas potenciales divergencias. Las respuestas requieren de una gran cooperación internacional que implique la asunción de compromisos con los que procurar el mejor destino para el bien cultural al tiempo que incentivar el cumplimiento de las normas internas sobre procedimientos de exportación. Para algunos autores esta necesidad pasa necesariamente por la creación de un sistema internacional de resolución

²¹¹ LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, P., *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*. Valencia: Tirant lo blanch 2001, 53; CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, nº 18, 652.

²¹² SCOVAZZI, T., *Diviser c'est détruire. Principes éthiques et règles juridiques applicables au retour des biens culturels*. Paris: Unesco 2009, 20.

de conflictos que supere las limitaciones y problemas que presentan la aplicación de la legislación nacional²¹³.

V. La restitución de bienes culturales objeto de tráfico ilícito

Como hemos señalado anteriormente, existe hoy un consenso muy extendido en la comunidad internacional sobre la necesidad de prevenir y reprimir el tráfico ilícito de bienes culturales, y de hallar respuestas a los conflictos que se suscitan cuando una salida ilícita tiene lugar. Conscientes de las limitaciones que plantean las legislaciones internas, se ha procurado crear un mecanismo de respuesta internacional que trate la restitución de bienes desde una perspectiva global en donde la cooperación internacional es imprescindible.

No olvidemos que los primeros pasos hacia el tratamiento de la cuestión de la restitución se produjeron con ocasión de las reclamaciones de devolución de bienes culturales expoliados en el contexto de conflictos armados. Si bien la situación de un enfrentamiento armado genera un estado de excepción donde la aplicación ordinaria de la norma sufre considerables alteraciones, el abuso de la fuerza por parte de los bandos invasores se transformaba muchas veces en una destrucción intencional del patrimonio del territorio ocupado, como un atentado a sus valores e identidad simbólica, o en una toma de posesión de bienes particularmente destacados, como un acto de dominación sobre el vencido. Este tipo de prácticas fue rápidamente denunciado por la comunidad internacional, como ya tuvimos ocasión de explicar, pues se considera que un contexto bélico no ha de albergar además abusos de fuerza o aprovechamiento deliberado de los recursos ajenos. La Convención de La Haya de 1954 condensa todo un proceso evolutivo en relación con las ideas volcadas años atrás en diversos textos sobre las artes de la guerra, el límite de lo que debe estimarse «necesidad militar» en la destrucción y deterioro del patrimonio histórico de los territorios ocupados, o la condena de las prácticas de expolio y apropiación de bienes culturales.

El planteamiento de un proceso de restitución sobre bienes culturales que no habían sido sustraídos o salido de las fronteras de un territorio por razón de un enfrentamiento armado implicaba dar un salto cualitativo en el tratamiento y consideración del patrimonio cultural como tal. Si bien había un acuerdo casi unánime en que un contexto bélico no debe ser aprovechado para infligir un mal mayor a la nación ocupada mediante el expolio sistemático de sus riquezas culturales, la situación era más problemática cuando la circulación ilícita de bienes se producía en tiempos de paz. Y ello se debe a que la reclamación de bienes objeto de tráfico ilícito se convierte en un asunto puramente jurídico donde un choque de legislaciones era más que probable. Hasta que no se avanzó lo suficiente en la estimación de los patrimonios nacionales y se propagó una consideración más asentada sobre su transcendencia «cultural», la resolución de estos conflictos solían abordarse desde una óptica puramente dominical,

²¹³ SCOVAZZI, T., *Diviser c'est détruire. Principes éthiques et règles juridiques applicables au retour des biens culturels*. Paris: Unesco 2009, 20.

aunque desde hacía tiempo había voces disonantes al respecto y las legislaciones proteccionistas sobre el patrimonio cultural comenzaban a ser cada vez más frecuentes²¹⁴. No obstante, las reclamaciones surgidas durante el proceso de descolonización al tiempo que paralelamente se consolidaba el valor identitario de los bienes culturales y se planteaba la necesidad de restitución como una cuestión que transcendía las implicaciones meramente patrimoniales, hizo prosperar progresivamente el sentir colectivo de que era necesario luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales y proveer mecanismos de respuesta internacional también en tiempos de paz.

En este sentido, la elaboración de dos convenios internacionales sobre esta materia representan un logro importante en el ámbito de la circulación de bienes culturales: La Convención de la Unesco sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, adoptada en París en 1970, y el Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente, firmado en Roma el 24 de junio de 1995²¹⁵. A este panorama internacional hay que añadir las Directivas de la Unión Europea, la primera de 1993²¹⁶ y la más reciente de 2014²¹⁷, que luego veremos.

Ambos convenios internacionales ha contribuido a abrir una senda de luz en este camino sembrado de dudas y dificultades; pero no se puede obviar que la eficacia de estos textos internacionales depende en última instancia de la adhesión potestativa por parte de los Estados firmantes, lo que restringe su ámbito de aplicación a la reducida colectividad de Estados partes, que aún dista de ser a día de hoy mayoritaria. A pesar de ello, debemos darle a estos convenios la importancia que merecen y reconocer en ellos ciertos indicios de cambio hacia la instauración de un sistema mundial de lucha contra el tráfico de bienes culturales, cosa impensable hasta hace unas décadas.

Otro aspecto muy importante a tener en cuenta en el funcionamiento de estos mecanismos de restitución es que tratan de lograr que se produzca en retorno del bien al país de origen sin entrar a discutir los aspectos de la titularidad del bien o la posible

²¹⁴ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 31, señala que varios países habían ya promulgado normas sobre el patrimonio histórico nacional desde finales del s. XIX, como Grecia (1834), Italia (1872) o Francia (1887).

²¹⁵ BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2002, páginas 36366 a 36373

²¹⁶ Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. DOCE núm. 74 de 27 de marzo 1993, p. 74-79. Modificada por: Directiva 96/100/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de febrero de 1997, por la que se modifica el anexo de la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DOCE núm. L 60 de 1 de marzo de 1997, p. 59) y la Directiva 2001/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, por la que se modifica la Directiva 93/7/CEE del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DOCE núm. L 187 de 10 de julio de 2001, p. 43).

²¹⁷ Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 (refundición). DOCE núm. 159 de 28 de mayo de 2014, p. 1-10.

adquisición de la propiedad por un tercero²¹⁸. Este tipo de solución evidencia que la respuesta ofrecida por estos instrumentos pone el punto de mira en la vertiente cultural del bien, aspecto al que se trata de dar primacía sobre la vertiente patrimonial. La concurrencia de un interés público en el retorno de ese bien, para reintegrar un patrimonio cultural nacional mermado, tiene prioridad incluso sobre la posición de un propietario desposeído por sustracción.

1. El concepto de bienes culturales en los instrumentos internacionales

Una de las particularidades de esta materia es que en Derecho internacional no existe un concepto unívoco que bienes culturales ni de patrimonio cultural²¹⁹. La concreción del término es imprescindible para poder abordar las cuestiones relativas a su regulación con una vocación de homogeneidad y universalidad, sin embargo, la noción de bien cultural es, además de dispar según la legislación de los diferentes países, relativamente reciente, si la comparamos con la propia evolución del concepto cultura. El empleo del término *bien cultural* frente al de *patrimonio cultural* hace referencia a las manifestaciones físicas de ese patrimonio, mientras que el segundo engloba además todos los aspectos intangibles o inmateriales de la cultura de un Estado²²⁰. De hecho, el término *patrimonio cultural* con el alcance que hoy se le atribuye es de aparición reciente²²¹ y puede estimarse consagrado con las sucesivas Convenciones elaboradas en la segunda mitad del s. XX que lo han ido incorporando, desde la Convención de La Haya de 1954 hasta la Convención de la Unesco de 2003 sobre Patrimonio Cultural Inmaterial, dándole esta última de manera concluyente esa proyección sobre los aspectos intangibles de las manifestaciones culturales. Para completar este cuadro evolutivo hasta la actualidad hay que hacer mención de la Convención de la Unesco de 2005 y calibrar el influjo de la *diversidad cultural* en la concepción actual de este patrimonio.

El punto de inflexión en la consideración de los *bienes culturales* puede atribuirse en gran medida a la labor de la Comisión Franceschini²²², que acometió en 1964 una reforma profunda de la ley italiana de bienes culturales de 1939 para redefinir los límites de su alcance y ofrecer una nueva noción de su objeto, ahora definido como «bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà», de modo que

²¹⁸ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 35.

²¹⁹ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 139, CARRERA HERNÁNDEZ, J. (2009) «La Unesco y la gestión del patrimonio mundial: mecanismos de protección y garantía», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 137.

²²⁰ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 45.

²²¹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 41.

²²² «Comisión de investigación para la tutela y la valorización de las cosas de interés histórico, arqueológico, artístico y del paisaje», conocida como Comisión Franceschini por ser quien la presidió (MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 41).

abarca bienes de interés arqueológico, histórico, artístico, ambiental y paisajístico, archivístico y bibliográfico²²³. La gran novedad introducida por la doctrina italiana es la extensión de la consideración del calificativo «cultural» a otras creaciones del hombre que no presentaban exclusivamente un valor estético, como era la tendencia seguida hasta el momento, sino que condensaban un conjunto de valores de transcendencia para la civilización, esto es, eran portadores de valores intangibles simbólicos y como tales había en ellos un interés público. Si bien la principal crítica a esta doctrina fue que, a pesar de estas innovaciones conceptuales, no fue más allá del ámbito estrictamente jurídico-administrativo a la hora de regular esta categoría de bienes²²⁴; sus tesis han sido de gran influencia en las tendencias legislativas posteriores de gran parte de los países de su entorno y la ampliación de la noción de bienes culturales se ha recogido en numerosas leyes del patrimonio europeas, sin ir más lejos en nuestra propia Ley 16/1985, que conserva, no obstante, la terminología tradicional de Patrimonio Histórico español²²⁵.

Ahora bien, la influencia de esta doctrina hacia una cierta homogeneización de la noción de *bien cultural*, especialmente en el ámbito europeo, no se traduce en un concepto único. Las diferencias entre legislaciones nacionales siguen existiendo, aunque quizás estén ahora más próximas entre sí. A este panorama hay que añadir la ampliación del concepto como parte de un proceso evolutivo por incorporación de nuevas ideas gestadas en la esfera internacional que, si bien no siempre se ven reflejadas en una reforma legislativa, están en el horizonte de los aplicadores de la norma, como sucede con el patrimonio cultural inmaterial o la más reciente entrada en escena de la *diversidad cultural*. A su vez, esta extensión conceptual tiende puentes con otras ideas jurídicas como la conexión derechos humanos – cultura – patrimonio, que ya hemos mencionado, y que llega a invocarse como argumento en las reclamaciones de restitución²²⁶.

Ante la dificultad de referirse a una idea unívoca cuando tratan los bienes culturales, los diferentes instrumentos internacionales han optado por incorporar una definición propia

²²³ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico», *Revista de Derecho Político* 1988, nº 27-28, 194.

²²⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico», *Revista de Derecho Político* 1988, nº 27-28, 195.

²²⁵ Recordemos a estos efectos la definición de PHE contenida en el art. 1.2 Ley 16/1985: «inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico y antropológico». Se aprecia, por tanto, la adopción por el legislador de una concepción amplia de bien cultural, que no se restringe a las producciones de las tradicionales categorías artísticas, sino que sigue una línea más próxima a la noción antropológica actual de cultura, al tiempo que extiende sus márgenes definitorios a otros bienes de valor paisajístico y natural que se estiman por el legislador merecedores de la misma protección.

²²⁶ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 142.

ajustada a los objetivos del texto en cuestión²²⁷. En los documentos que vamos a presentar en esta sección: la Convención de la Unesco de 1970, el Convenio Unidroit de 1995 y las Directivas europeas de 1993 y 2014, la técnica seguida ha sido la de aportar una definición genérica y ofrecer un sistema de lista de categorías con el objetivo de acotar al máximo el ámbito de aplicación de estas disposiciones, con salvedades en la Directiva de 2014, como luego veremos.

Veamos a continuación la definición ofrecida por los instrumentos objeto de análisis.

a) La Convención de la Unesco de 1970.

La definición ofrecida por la Convención en su artículo primero remite a la legislación interna de cada país parte:

Para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación

El artículo incorpora un listado de 11 categorías de bienes²²⁸. Ambos elementos son complementarios a efectos de la Convención, lo que implica que no bastará sólo que un bien se ajuste a la descripción contenida en la definición del inciso primero, sino que además ha de integrarse en alguna de las categorías mencionadas. El resultado de esta

²²⁷ CARRERA HERNÁNDEZ, J. (2009) «La Unesco y la gestión del patrimonio mundial: mecanismos de protección y garantía», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 137.

²²⁸ Las categorías son las siguientes:

- a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;
- b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;
- c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;
- d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;
- e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados:
- f) el material etnológico;
- g) los bienes de interés artístico tales como:
 - i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano);
 - ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material;
 - iii) grabados, estampas y litografías originales;
 - iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia;
- h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;
- i) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;
- j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;
- k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos.

redacción y doble requisito se debe a un equilibrio hallado en el proceso de elaboración del texto entre aquellos países que creían que la simple inclusión de una definición era demasiado amplia, mientras aquellos otros para quienes la incorporación de un sistema de lista de categorías con designación específica por los Estados parte resultaba excesivamente restrictiva²²⁹. No obstante, algunos autores señalan que con este sistema de lista más definición se acaba produciendo un mismo resultado de restricción, pues si un bien encaja en una de las categorías de la lista pero no ha sido definido por el Estado en cuestión como parte de su patrimonio cultural, el bien no entraría dentro del campo de aplicación de la norma, y viceversa²³⁰. Se apunta por la doctrina que la redacción que finalmente ha triunfado en este primer artículo de la Convención deja peligrosamente fuera a un gran número de bienes culturales²³¹. A esto hay que añadir otras dificultades derivadas del sistema de aplicación instaurado, que exige contar con bienes registrados por parte de los países reclamantes, y esto es muy frecuente que no suceda, particularmente en el caso de bienes arqueológicos procedentes de excavaciones no autorizadas. Por eso la doctrina se pregunta: «¿qué respaldo da este instrumento a aquellos bienes que no se encuentran registrados? ¿Puede la carencia de ese registro ser sinónimo de desprotección?»²³².

El Manual de la Unesco para la implementación de la Convención de 1970 señala que la Convención ha apostado por un concepto amplio de bienes culturales en el que tienen cabida elementos como la flora, la fauna, especies paleontológicas o minerales, y un largo etcétera; pero que dicha definición es tan amplia que sólo resultaría operativa

Si los gobiernos nacionales especifican en sus legislaciones cuál patrimonio cultural y nacional debería ser protegido. Eso implicaría un listado de elementos a considerar como tales. De manera que constituye

²²⁹ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 37.

A este respecto es oportuno señalar que el texto propuesto en la Recomendación sobre las Medidas Encaminadas a Prohibir e Impedir la Exportación, Importación y Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, adoptada por la Conferencia General de la Unesco en su 13ª reunión, celebrada en París del 20 de octubre al 20 de noviembre de 1964, la definición de bienes culturales no incluía el sistema de lista (art. I):

1. A los efectos de la presente recomendación, se consideran bienes culturales los bienes muebles e inmuebles de gran importancia en el patrimonio cultural de cada país, tales como las obras de arte y de arquitectura, los manuscritos, los libros y otros bienes de interés artístico, histórico o arqueológico, los documentos etnológicos, los espécimen-tipos de la flora y de la fauna, las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros y archivos, e incluso los archivos musicales.

2. Cada Estado Miembro debería adoptar los criterios que juzgase más adecuados para definir los bienes culturales que, encontrándose en su territorio, hayan de gozar de la protección establecida en la presente recomendación en razón de la gran importancia que presentan.

(texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13083&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 15/08/2015]).

²³⁰ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 38.

²³¹ BÁKULA, C., *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de 1970: balance y perspectivas*, París: Unesco 2012, 10.

²³² BÁKULA, C., *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de 1970: balance y perspectivas*, París: Unesco 2012, 5.

un requisito para cada Estado que se adhiere a la Convención de la Unesco de 1970, establecer y actualizar un listado de su patrimonio cultural²³³.

Consciente de esta dificultad de acotamiento y de la posibilidad de que un mismo bien pueda pertenecer a dos tipos de patrimonios según la legislación interna, la Convención incluye en su artículo 4 cinco categorías en las que los Estados pueden acomodar otro tipo de bienes como integrantes de su patrimonio cultural (el procedente de colecciones particulares de nacionales o no nacionales, el hallado en el territorio o procedente de misiones arqueológicas, etnológicas y científicas, y el obtenido por libre intercambio, donación o compra legal).

No obstante las críticas realizadas en este punto a la Convención, entiendo que no puede perderse de vista la verdadera intención de este texto, que en gran parte trataba de crear nuevas obligaciones y responsabilidades en los Estados parte a la hora de regular y prestar atención a sus patrimonios culturales, incentivando como uno de los mecanismos de control la creación de registros e inventarios. El manual de la Unesco sobre medidas jurídicas y prácticas de lucha contra el tráfico ilícito expone claramente que se recomienda a los Estados que suscriban el texto incorporar en sus legislaciones nacionales una serie de pautas de control y seguimiento, entre las que destaca particularmente las definiciones internas del patrimonio propio, la creación e implementación de inventarios y el establecimiento de procedimientos de exportación reglados y controlados.

b) El Convenio Unidroit de 1995

Nos centraremos en este punto en la definición que el texto ofrece sobre bienes culturales, pues trataremos el origen del texto y su ámbito de aplicación después. El Convenio Unidroit es considerado un instrumento complementario de la Convención de 1970, elaborado en gran medida tras haber detectado grandes deficiencias en su alcance²³⁴.

El artículo 2 del Convenio dispone:

A los efectos del presente Convenio, por bienes culturales se entiende los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo al presente Convenio.

²³³ ASKERUD, P. y CLÉMET, E., *La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales. Un manual de la Unesco para la implementación de la Convención de 1970*, México: Unesco 2009, 20.

²³⁴ UNESCO, *Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Manual de la Unesco* 2006, 11: «La UNESCO promueve enérgicamente este importante instrumento, puesto que complementa su Convención de 1970 desde la perspectiva del derecho privado. De hecho, la Organización encargó al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado que estudiase las cuestiones de derecho privado que no estaban directamente reglamentadas por la Convención de la UNESCO de 1970 y que pudiesen dificultar su aplicación».

El anexo reproduce literalmente el listado del art. 1 de la Convención de 1970. Aunque ambas definiciones son casi idénticas, la diferencia estriba en que en la Convención de 1970 se refiere a bienes que «hayan sido expresamente designados por cada Estado», mientras que en el Convenio de Unidroit se elimina este requisito, lo que parece revertir en la importancia que los bienes presenten por sí mismos, aun cuando el país no haya hecho una declaración expresa de su inclusión en el patrimonio cultural nacional. Se ha señalado por algún autor que este cambio de redacción obedece a la proyección del Convenio Unidroit sobre la esfera privada de los particulares, cosa que no sucede en la Convención de 1970, de modo que hacer mención expresa a una declaración del Estado no sería imprescindible ya que las reclamaciones de restitución no siempre van a operar a nivel Estado – Estado²³⁵. Esta redacción posibilita un ámbito de aplicación más amplio, aunque en el proceso de elaboración hubo voces disonantes que apostaban por una definición circunscrita a los bienes culturales de gran o particular importancia debido a que era más sencillo adaptar su legislación a esta circunstancia²³⁶. Esta idea finalmente no prosperó, no sólo porque atentaba contra algunos de los principios fundamentales del Convenio como el fomento de prácticas de mayor diligencia por parte de los compradores de bienes culturales, sino también porque se corría el riesgo de dejar fuera del Convenio a un número considerable de bienes de menor importancia pero que podían ser igualmente objeto de tráfico ilícito, que es precisamente lo que se trataba de prevenir y evitar²³⁷.

Se ha criticado también este contenido por omitir la referencia al patrimonio cultural que ha de ser definido por las respectivas leyes nacionales, por varios motivos, primero, porque rompe la tendencia seguida en otros instrumentos internacionales previos

²³⁵ PROTTE, L. V., *Commentaire relatif à la Convention d'Unidroit*, Paris: Unesco 2000, 51. A pesar de ello, Protte señala que cuando en el contexto de las discusiones sobre la redacción de este precepto prosperó la idea de ofrecer una definición acotada, se adoptaron las categorías de la Convención de la Unesco de 1970 porque en aquel entonces 85 países ya la habían ratificado y habían tenido que modificar sus respectivas legislaciones sobre patrimonio cultural (PROTTE, L. V., «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On», *Uniform Law Review* 2009, nº 2009, 219). También así SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 498.

²³⁶ SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 498, señala que algunos países veían peligrar su normativa interna sobre la adquisición de la propiedad de bienes muebles.

²³⁷ SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 498, indica que una mayoría considerable de la Conferencia diplomática en que se discutió el texto se opuso a una definición restringida «because it would weaken one of the most important principles underpinning the Convention which was to require of all purchasers of cultural objects that they exercise diligence by enquiring into their provenance rather than keep up the current practice of deliberately refraining from making such enquiries. It was moreover recalled that the proposed restriction would exclude from the scope of application of the Convention less important cultural objects, which however fit the criteria laid down by the Convention and which should be covered on account of the ever greater number of thefts of such objects». [«porque debilitaría uno de los principios más importantes que sustentan el Convenio, que era exigir de todos los compradores de objetos culturales que ejerzan la diligencia por investigar su procedencia y no mantienen la práctica actual de deliberadamente abstenerse de hacer dichas consultas. Además, se recordó que la restricción propuesta excluiría del ámbito de aplicación del Convenio los objetos culturales menos importantes, que sin embargo se ajustan a los criterios establecidos por el Convenio y que deberían ser cubiertos a causa del cada vez mayor número de robos de dichos objetos» —t.p.—].

(Convención de 1970 y Directiva de 1993); segundo, porque parece restar importancia al interés legítimo que pueda tener el Estado en la restitución del bien, cuando al fin y al cabo el bien ha de entenderse como parte integrante de ese patrimonio cultural nacional porque se ha emanado una normativa proteccionista al respecto, asunto de competencia estatal y no particular; tercero, porque el intento de contribuir a una definición homogénea de *bien cultural* es, además de imposible, no deseable en el sector cultural; y cuarto, porque la cuestión de la definición del bien cultural queda de este modo en manos del tribunal competente por razón de la *lex rei sitae*, órgano que puede adoptar una definición diferente a la del país de origen que reclama una restitución²³⁸.

A pesar de estas críticas, parece claro que el Convenio Unidroit ha apostado por ofrecer una definición amplia en la que tengan cabida bienes de titularidad privada y titularidad pública²³⁹. A esto se añade que no requiere que los bienes perteneciesen a entes como museos, monumentos públicos o instituciones similares (art. 7.b).i Convención de 1970) ni exige que estuvieran previamente inventariados, además de aplicarse a los objetos procedentes de excavaciones ilegales o ilícitamente retenidos tras su hallazgo, ya que la finalidad primordial del texto es luchar contra el tráfico ilícito particularmente en caso de robo²⁴⁰.

No obstante, el Convenio prevé un trato diferente para los bienes objeto de exportación ilegal²⁴¹. Por este motivo, cuando estemos ante una reclamación de restitución de un bien exportado ilegalmente se exigirá que dicho acto menoscabe significativamente uno o varios de los intereses mencionados en el art. 5.3:

- a) la conservación material del bien o de su contexto;
- b) la integridad de un bien complejo;
- c) la conservación de la información, en particular de carácter científico o histórico, relativa al bien;
- d) la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad autóctona o tribal, o que el bien reviste para él una importancia cultural significativa.

Por su parte, el art. 7 establece otras restricciones al respecto, como que la exportación ya no sea ilícita en el momento de la reclamación, que se trate de bienes exportados en vida de su creador y hasta 50 años después de su muerte, salvo, en este último caso, que

²³⁸ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 75. En relación a este último punto la autora señala que habría sido mejor que el tribunal competente acudiese a la definición ofrecida por la legislación del país reclamante.

²³⁹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 133.

²⁴⁰ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 76.

²⁴¹ SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 498, explica que esto se debe a que el robo está universalmente reprobado, no sucede lo mismo con la exportación ilegal.

se trate de bienes de importancia ritual o tradicional para una comunidad autóctona o tribal.

c) La Directiva 93/7/CEE

Esta Directiva «relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro» sigue el sistema de doble requisito que hemos visto en la Convención de 1970 y el Convenio Unidroit de 1995 a la hora de definir los bienes culturales, con algunas matizaciones. El artículo 1, que ofrece diferentes definiciones a efectos de aplicación de la directiva, se refiere en el primer apartado a los *bienes culturales*:

- un bien que esté clasificado, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, como «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», con arreglo a la legislación o a procedimientos administrativos nacionales en el marco del artículo 36 del Tratado,

y

- pertenezca a una de las categorías que figuran en el Anexo o, aunque no pertenezca a una de esas categorías, forme parte de:

- colecciones públicas que figuren en los inventarios de museos, archivos y fondos de conservación de bibliotecas.

A efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por «colecciones públicas» aquellas colecciones que son propiedad de un Estado miembro, de una autoridad local o regional dentro de un Estado miembro o de un organismo situado en el territorio de un Estado miembro que se defina como público según la legislación de dicho Estado miembro, y que pertenezca o esté financiado de forma significativa por dicho Estado miembro o por una autoridad local o regional,

- inventarios de instituciones eclesiásticas;

Por tanto, para que la Directiva sea operativa se requiere no sólo que los bienes hayan sido calificados como integrantes del patrimonio cultural por la legislación del Estado miembro, sino que, además, pertenezca alternativamente bien a las categorías enumeradas en el anexo, bien a una colección pública o a instituciones eclesiásticas en donde estén inventariados.

La directiva ha de enmarcarse dentro del reconocimiento de competencias a los Estados miembro así como la asunción de compromisos por integrarse en la Unión Europea. La referencia expresa al artículo 36 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)²⁴², que fue modificado y refundido hasta ser reenumerado con el art. 30, alude a uno de los principios fundamentales de la Unión Europea relativo a la libre circulación

²⁴² La versión consolidada entró en vigor en 2002: DOCE núm. C 325 de 24 de diciembre de 2002, pp. 33-184. El tratado de Lisboa de 2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, ha derogado este tratado.

de mercancías. De acuerdo con este precepto, las restricciones cuantitativas a la exportación e importación de mercancías entre Estados miembros, que están prohibidas, podrían sólo permitirse por razones de «orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial» (art. 30), siempre que no se apliquen de forma arbitraria ni impliquen una limitación encubierta al libre comercio entre Estados miembros. Por este motivo, hay que abordar la Directiva 93/7/CEE en el contexto de este marco de libre comercio, teniendo en cuenta que el punto de partida es el establecimiento de legislaciones nacionales que imponen limitaciones a la libre circulación de bienes culturales (procedimientos de exportación), lo que puede originar una reclamación de restitución intracomunitaria si tales normas se ven contravenidas. Dicho de otro modo, los bienes culturales se estiman *mercancías* a los efectos de los principios de libre comercio comunitario²⁴³, no obstante, ajustándose a las excepciones permitidas por el art. 30 TCE, los Estados miembro pueden regular un régimen de exportación que reduzca su libertad de circulación, siempre que en la fijación de tales excepciones se siga una pauta restrictiva²⁴⁴.

En definitiva, la Directiva respeta la legislación de los Estados miembro que se acomode al art. 30 TCE y, por tanto, la competencia de éstos para definir su patrimonio cultural. Desde este punto de vista podría entenderse que todos los patrimonios culturales de los Estados miembros deberían ser objeto de protección a nivel comunitario y a efectos de la Directiva, no obstante, como el propio preámbulo del texto explica, se ha optado por exigir el doble requisito de ajustarse además a las categorías mencionadas porque al limitar su ámbito de aplicación, se facilita la cooperación entre Estados en las reclamaciones de restitución²⁴⁵. Esto, unido a la necesidad de que los Estados miembro hagan una *clasificación* de sus bienes culturales objeto de reclamación (art. 1.1)²⁴⁶, y a la obligación de que toda excepción a la libre circulación de mercancías ha de interpretarse y establecerse con carácter restrictivo, redundando en la idea de que la Directiva trata de proteger los bienes culturales de mayor importancia y transcendencia²⁴⁷.

²⁴³ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 47, recuerda que el TJCE adoptó un concepto amplio de *mercancía* a los efectos del TCE en la sentencia de 10 de diciembre de 1968, asunto 7/68, «Comisión c. Italia», en el que se incluyen las obras de arte.

²⁴⁴ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 48.

²⁴⁵ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 49.

²⁴⁶ Como explica MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 445, por *bien clasificado* la Directiva no está haciendo referencia a que el bien esté incluido en un inventario o registro, sino que al plantear la reclamación el Estado reclamante ha de declarar formalmente que el bien forma parte de su patrimonio histórico, artístico o cultural.

²⁴⁷ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 50; MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 444.

Esta idea de restringir el ámbito de aplicación de la Directiva se corrobora con el listado de categorías ofrecido en el anexo, que hace que no todos los bienes calificados como integrantes del patrimonio cultural de los Estados miembro estén comprendidos en el texto, sino sólo aquellos que además se acomodan a alguna de las categorías. La finalidad de este listado no es enumerar los tipos de bienes culturales susceptibles de un régimen de excepción de acuerdo con el art. 30 TCE, sino únicamente ofrecer una lista de categorías en las que los bienes integrantes de los patrimonios culturales nacionales podrían encajar a efectos de operar los mecanismos de restitución de la Directiva²⁴⁸.

Hay que tener en cuenta además que las categorías del anexo aplican un doble criterio de antigüedad y valor económico para entrar en funcionamiento, lo que viene a restringir más aún su ámbito de aplicación. En cuanto a la antigüedad, no se protegerán las obras de artistas vivos; la regla general es que los bienes protegidos tengan una antigüedad mínima de 100 años o más, si bien para algunos tipos se rebaja a 50 años o a 75, y se eleva a 200 para los mapas impresos. Por su parte, el valor económico es un requisito cumulativo al de la antigüedad, y se establecen cuatro tramos de valor: 0 euros (objetos arqueológicos, desmembración de monumentos, incunables, manuscritos y archivos), 15.000 euros (mosaicos, dibujos, grabados, fotografías y mapas impresos), 50.000 euros (estatuas, libros, colecciones, medios de transporte y cualquier otra antigüedad de más de 50 años), 150.000 euros (cuadros).

d) La Directiva 2014/60/UE

Este texto ha derogado a la Directiva 93/7/CEE y las Directivas 96/100/CE y 2001/38/CE ambas del Parlamento Europeo y del Consejo, que la habían modificado parcialmente. Como expone el preámbulo de este documento, la introducción de nuevas modificaciones motiva una refundición del texto y derogación de las precedentes para dar mayor claridad.

Las novedades de esta Directiva 2014/60/UE con respecto a la Directiva de 1993 son sustanciales pues se suprime el sistema de doble requisito previsto en el artículo 1.1 del anterior texto, así como el listado de categorías del anexo. El preámbulo de la Directiva de 2014 reconoce que el anterior instrumento sentó las bases de un sistema de cooperación entre Estados en materia de restitución de bienes culturales, pero su punto 8 explica que

La aplicación de dicha Directiva, sin embargo, ha mostrado las limitaciones del sistema para obtener la restitución de bienes de esa índole. Los informes relativos a la aplicación de la Directiva han puesto de manifiesto la escasa frecuencia de su aplicación, que obedece, en particular, al carácter limitado de su ámbito de aplicación debido a las condiciones establecidas en el anexo de dicha Directiva, a la brevedad del

²⁴⁸ MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 447.

plazo en el que pueden presentarse demandas de restitución y a los costes relacionados con estas.

Consciente de las limitaciones derivadas del campo de aplicación tan restringido, la nueva Directiva remite a la definición que haga cada Estado miembro sobre su patrimonio cultural. El punto 9 del preámbulo lo explica con claridad:

La presente Directiva debe abarcar los bienes que poseen un interés o valor histórico, paleontológico, etnográfico, numismático o científico, con independencia de que formen parte de una colección pública o de otra índole o de que sean objetos aislados y de que provengan de excavaciones legales o clandestinas, a condición de que estén clasificados o definidos como patrimonio nacional. Por otra parte, los bienes culturales clasificados o definidos como patrimonio nacional ya no necesitan pertenecer a ninguna categoría ni deben ajustarse a umbrales relacionados con su antigüedad ni con su valor financiero para cumplir los requisitos de restitución en virtud de la presente Directiva.

La única pauta que incorpora ahora la Directiva de 2014 es que el ejercicio de la competencia de los Estados miembro en la definición de su patrimonio cultural ha de respetar los principios contenidos en el art. 36 TFUE²⁴⁹ (anterior art. 30 TCE), es decir, remite al principio de libre circulación de mercancías en la UE y el establecimiento de un régimen de excepciones por cada país para proteger ciertos sectores, entre ellos, el patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. En esta idea insiste el punto 10 del preámbulo:

La diversidad de los sistemas nacionales de protección de los patrimonios nacionales está reconocida en el artículo 36 del TFUE. Con objeto de fomentar la confianza recíproca, el espíritu de cooperación y una comprensión mutua entre los Estados miembros, el alcance del término «patrimonio nacional» debe determinarse en el marco del artículo 36 del TFUE.

Así pues, la Directiva de 2014 marca un punto de inflexión en la técnica de definición de los bienes culturales por parte de los Estados miembro, aspecto de gran relevancia incluso en la esfera internacional pues, si bien la aplicación de la Directiva se circunscribe al ámbito exclusivamente europeo, esta técnica legislativa puede servir de ejemplo en la elaboración de futuros instrumentos, al igual que en su momento, para la confección del Convenio de Unidroit, el hecho de que tanto la Convención de la Unesco de 1970 como la Directiva 93/7/CEE optasen por exigir el doble requisito de definición y lista de categorías fue determinante para seguir ese mismo esquema de aplicación.

²⁴⁹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOCE núm. 326 de 26 de octubre de 2012, p. 47-390.

2. La Convención de la Unesco de 1970

La Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales fue adoptada en París tras la reunión de la Conferencia General de la Unesco del 12 de octubre al 14 de noviembre de 1970²⁵⁰. La Convención supone la culminación de un largo proceso de trabajo, intercambio y exposición de posturas en las que subyace la idea principal de respetar la integridad del patrimonio cultural de las distintas naciones y establecer mecanismos de restitución en caso de incumplimiento de este deber de respeto. En el proceso de elaboración hay que tener en cuenta algunos de los cambios políticos que estaban teniendo lugar, como el proceso de descolonización o los movimientos sociales colectivos hacia una igualdad entre individuos, fenómenos que no habían concluido, de modo que la Convención suponía también la manifestación de una actitud política mundial frente a los abusos de poder y autoridad, representados en este caso en la sustracción de bienes culturales de países menos favorecidos o que habían estado en situación de dominación extranjera durante varios siglos. Es de destacar que los primeros intentos por gestar un texto sobre este contenido se registraron en el seno de la *League of Nations* ya desde los años 30, antes del propio nacimiento de la Unesco en 1945, pero todos los intentos fueron fallidos por la oposición sistemática de los Países Bajos, Reino Unido, Suecia y EE.UU. Finalmente las negociaciones se paralizaron con el estallido de la II Guerra Mundial²⁵¹.

En la toma de decisión de la Unesco de abordar una Convención con este contenido pueden considerarse como precedentes, no sólo la Convención de La Haya de 1954, cuya influencia quedaba en parte matizada por el hecho de que era un texto pensado para resoluciones de conflictos derivados de enfrentamientos armados, lo que le aplicaba un viso de excepcionalidad; sino también dos Recomendaciones de la propia Unesco que se hacían eco de un sentir colectivo en construcción acerca de esta materia. Estos textos a los que nos referimos son: la Recomendación que define los Principios Internacionales que deberían aplicarse a las Excavaciones Arqueológicas, de 5 de diciembre de 1956²⁵², y la Recomendación sobre las Medidas Encaminadas a Prohibir e Impedir la Exportación, Importación y Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, de 19 de noviembre de 1964²⁵³.

²⁵⁰ Texto completo disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/text-of-the-convention/>. La Convención ha sido ratificada hasta la fecha por 129 países: <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=S> [consultadas el 17/08/2015].

²⁵¹ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 31. La primera propuesta de texto se titulaba «Convention on the Repatriation of Objects of Artistic, Historical or Scientific Interest, which have been Lost, Stolen or Unlawfully Alienated or Exported» y fue elaborado en 1933.

²⁵² Texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13062&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 17/08/2015].

²⁵³ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13083&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 17/08/2015].

Finalmente en la 15ª reunión de la Conferencia General de la Unesco, realizada en París en 1968 se adoptó la resolución de iniciar «estudios con objeto de preparar otros instrumentos internacionales relativos a estas materias y, en particular, una convención sobre las medidas encaminadas a prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia ilícitas de bienes culturales»²⁵⁴.

2.1. Mecanismos de restitución y alcance de la Convención de 1970

La Convención de 1970 supuso un paso importante en el intento de establecer mecanismos internacionales de restitución de bienes culturales objeto de tráfico ilícito, sin embargo, se ha criticado en numerosas ocasiones el alcance que el texto tiene, que ha resultado ser excesivamente limitado. La Convención ha desplegado mayores efectos a la hora de comprometer a los Estados parte a asumir obligaciones de regulación, control y salvaguardia de sus respectivos patrimonios mediante profundas reformas legislativas o incluso el nacimiento mismo de la norma; más que en la operatividad de la acción de restitución que contempla.

No obstante, las modificaciones que ha desencadenado han marcado un antes y un después en el tratamiento de los patrimonios culturales de las diferentes naciones, y ha consolidado una serie de principios en la esfera internacional que ahondan en el reconocimiento de la importancia de los bienes culturales para los pueblos, idea conectada con la de identidad cultural; la soberanía de los Estados en la regulación de su propio patrimonio, la obligación moral entre países de respetar los patrimonios ajenos y proveer a su integridad y a la legalidad de su exportación, así como la colaboración imprescindible para no favorecer el tráfico ilícito adoptando medidas que lo restrinja o no permitiendo la entrada de bienes culturales cuyo origen no está claro.

Por lo que respecta al mecanismo de restitución, se recoge en el artículo 7.b).ii:

Los Estados parte de obligan:

ii) a tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados, a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. Las peticiones de decomiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática. El Estado requirente deberá facilitar, a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición de decomiso y restitución. Los Estados Partes se abstendrán de imponer derechos de aduana, u otros gravámenes, sobre los bienes culturales restituidos con arreglo al presente artículo.

²⁵⁴ Vid. <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114047s.pdf#page=130> p. 56 [consultada el 15/08/2015].

Todos los gastos correspondientes a la restitución del o de los bienes culturales en cuestión, correrán a cargo del Estado requirente.

La regulación contenida en este precepto permite extraer las características principales de esta acción de restitución:

- a) Se trata de una acción entre Estados, el requirente, que será el de origen del bien, y el requerido, que es el Estado en el que el bien se halla en el momento de la reclamación. La dificultad añadida a este planteamiento es que no se establece un procedimiento judicial concreto, sino que la reclamación se llevará a cabo por vía diplomática.
- b) Existe una limitación temporal considerable, porque para que pueda entablarse esta reclamación *ex art. 7*, la salida ilícita o el robo han de producirse con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención en ambos Estados, reclamante y requerido.
- c) La Convención se refiere en todo momento a bienes que formen parte de museos, monumentos públicos civiles o religiosos o una institución similar. El art. 7.b).i habla de «prohibir la importación» de los bienes cuando hayan sido robados de esas instituciones, lo que parece excluir la reclamación de restitución si han sido exportados ilegalmente. En efecto, el Manual de la Unesco aclara que «Esta importante disposición concierne únicamente a los bienes inventariados robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar (con exclusión de los bienes procedentes de una excavación ilegal o robados en un domicilio privado)»²⁵⁵.
- d) A efectos de la Convención, los bienes culturales exportados ilegalmente o robados, además, de ajustarse a la definición de bien cultural propia del texto y que ya hemos analizado.

Las disposiciones de este artículo 7 se completan con las declaraciones del artículo 13 que establece una serie de compromisos para los Estados parte de establecer y disponer los medios adecuados para impedir la transmisión de la propiedad sobre bienes culturales de forma que favorezca el tráfico ilícito, colaborar para hacer efectiva la restitución de bienes exportados ilegalmente, admitir una acción reivindicatoria sobre bienes robados o perdidos y reconocer la capacidad de los Estados de declarar algunos bienes como inexportables.

²⁵⁵ UNESCO, *Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Manual de la Unesco* 2006, 10.

Destaca que para la estimación de la reclamación de restitución el Estado requirente deberá abonar todos los gastos derivados de su ejercicio, asumir la carga de la prueba del robo o exportación ilegal, y abonar una compensación equitativa a quien hubiera adquirido la propiedad de buena fe o fuese el poseedor legítimo del bien. Esta medida se ha criticado por la doctrina por cuanto el texto es muy impreciso para saber qué ha de entenderse por «indemnización equitativa», pues no queda claro si se refiere al precio que se pagó por el bien, al valor real de mercado, si ha de alcanzar a los gastos de conservación asumidos o los de una posible restauración o incluso el de un seguro que se haya abonado²⁵⁶.

2.2. Valoraciones tras más de 40 años de vigencia

La Convención de 1970 contiene una serie de principios destacados que han resultado de mayor relevancia y operatividad práctica que el mecanismo de restitución que había establecido. Esto no significa que no se hayan resuelto reclamaciones de restitución planteadas en virtud de este texto, pero su alcance es claramente limitado.

Entre los puntos positivos que se pueden extraer de la Convención, autores como Prott señalan el gran avance que ha supuesto en materia de cooperación internacional, los esfuerzos de educación pública y la creación de una conciencia colectiva sobre la forma de abordar el tráfico ilícito de bienes culturales en la esfera internacional. Es más, la Convención ha servido de inspiración a otros textos posteriores, ha contribuido a armonizar las legislaciones de patrimonio cultural de diversos países y ha generado una inercia en las prácticas de instituciones y organizaciones que trabajan con el patrimonio cultural, especialmente en la creación de códigos deontológicos o en establecimiento de protocolos de verificación del origen de las piezas²⁵⁷.

No obstante, se han detectado múltiples carencias que la hacen prácticamente inoperante en algunas cuestiones.

Uno de los principales puntos de crítica es el hecho de que las reclamaciones de restitución sólo proceden si el bien ha sido exportado ilícitamente o robado cuando el Estado requirente y el requerido ya eran parte de la Convención²⁵⁸. Esta es una situación

²⁵⁶ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 50.

²⁵⁷ PROTT, L. V., *Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción*. París: Unesco 2012, 3-5.

²⁵⁸ Así se lamenta BÁKULA, C., *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de 1970: balance y perspectivas*, París: Unesco 2012, 10, de la imposibilidad de aplicar la Convención por una limitación temporal que es bastante frecuente. «Existe una situación igualmente compleja en el proceso de aplicación de la Convención y se refiere a la fecha o momento en que se inicia su «protección» a los bienes ilícitamente exportados. Por ejemplo, un bien registrado y reconocido universalmente como peruano, que pudiera haber sido exportado ilícitamente (y hay muchos casos como éste) después del 24 de octubre de 1979, cuando nuestro país aceptó ese instrumento y se ubica, sigue siendo un ejemplo, en Kazajstán, demostrándose que ingresó a ese país antes del 9 de febrero de 2012, cuando este Estado se hace Parte, es posible que el Perú NO pudiera recuperarlo ni reclamarlo porque

que se produce con bastante frecuencia, especialmente en el caso de los países independizados tras el proceso de descolonización, donde suele suceder que el país colonial tiene en su haber numerosas piezas procedentes de las antiguas colonias, que no podrían ser reclamadas porque la Convención no se aplica con efectos retroactivos²⁵⁹. La propia Unesco fue consciente de estas dificultades poco después de haber sido aprobado el texto y por este motivo en 1978 se creó en su seno el Comité Intergubernamental para la Promoción del Regreso del Patrimonio Cultural a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita, con el objetivo de prestar funciones de consejo y mediar en las negociaciones de solicitudes de restitución en este tipo de casos, siempre que el Estado reclamante haya agotado la vía de las negociaciones bilaterales sin éxito²⁶⁰.

Otra de las críticas principales es la definición sumamente restringida de bienes culturales incluidos en su ámbito de aplicación, unido al requisito de que los bienes han de estar inventariados y pertenecer a museos, monumentos o instituciones similares en el país requirente. El informe de la UNOCD sobre tráfico ilícito de bienes culturales señala las deficiencias de la Convención a este respecto: «la Convención únicamente protege los objetos robados de colecciones públicas inventariadas; no se aplica a los bienes robados a particulares o en lugares de propiedad privada. Las soluciones jurídicas sólo operan entre Estados; los particulares no tienen acceso a los procedimientos de la Convención»²⁶¹.

Este requisito plantea un grave problema porque se hace necesario demostrar la vinculación del bien en cuestión con el Estado requirente, tema particularmente complicado cuando estamos ante bienes procedentes de una excavación no autorizada y que, en consecuencia, ni están inventariados ni integrados en ningún museo, institución o monumento públicos. La falta de prueba irrefutable de la propiedad del país reclamante por ausencia de una clara definición de titularidad estatal en su legislación nacional del patrimonio cultural ha hecho fracasar algunas reclamaciones²⁶². Se pregunta Bákula si existe en la Convención una discriminación entre los bienes registrados y los que no lo están:

dicho supuesto bien, ingresó antes de que ese país fuera parte de la Convención... Todo ello tiene implicancias graves que afectan los principios que la propia Convención quiere defender».

²⁵⁹ PROTT, L. V., *Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción*. París: Unesco 2012, 6, explica que la Convención no es propiamente irretroactiva, pues nada impide que la legislación nacional del Estado parte disponga otra cosa, y de hecho hay un ejemplo en Australia, que ha extendido la aplicación a objetos importados tras la entrada en vigor en el país de la Convención, pero exportados antes de esa fecha de cualquier otro Estado de forma ilegal. Sin embargo, este tipo de extensiones temporales resultan igualmente poco operativas porque sería necesario que el Estado reclamado hubiese aplicado una extensión temporal semejante al ratificar el instrumento, por lo que estamos en realidad ante una irretroactividad *de facto*.

²⁶⁰ ASKERUD, P. y CLÉMET, E., *La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales. Un manual de la Unesco para la implementación de la Convención de 1970*, México: Unesco 2009, 64.

²⁶¹ UNOCD, *Protección contra el tráfico de bienes culturales*. Viena: UNOCD 2009, 9.

²⁶² PROTT, L. V., *Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción*. París: Unesco 2012, 5.

Si La Convención llama a la obligatoriedad del registro, ¿qué respaldo da este instrumento a aquellos bienes que no se encuentran registrados? ¿Puede la carencia de ese registro ser sinónimo de desprotección? Los países proveedores y creadores [...] NO pueden aceptar que, en un instrumento de tanta importancia como es la Convención de 1970, se haga una discriminación entre los bienes «registrados» y aquellos que por provenir de excavaciones ilícitas o no formales (que se hacen a espaldas de la autoridad y burlando todos los esfuerzos y mecanismos de control), no se hallen bajo el amparo de dicha norma por no haber sido oficialmente «reconocidos»²⁶³.

Existe otra dificultad añadida y es poder demostrar de manera fehaciente la fecha de salida ilegal del bien, cuestión no siempre sencilla, lo que repercute en otro de los requisitos contemplados en la Convención sobre la existencia de un certificado de exportación. Parece evidente que lo habrá si el bien está registrado, o su ausencia, en este caso, podrá ser indicativa de una exportación ilegal; pero la falta de registro de los bienes sigue siendo una barrera en la aplicación de la Convención, lo que deja especialmente desprotegidos a los hallazgos arqueológicos de excavaciones no autorizadas²⁶⁴.

Otro de los problemas derivados de estas disposiciones es la mención a las «medidas apropiadas» que han de tomar los Estados firmantes para facilitar la restitución o posibilitar el decomiso de los bienes, lo que abría la puerta a la adopción de soluciones muy dispares de carácter interno, en donde el alcance de la interpretación que cada Estado dé al concepto de bien cultural o la amplitud de la protección que le quieran proporcionar se traduce en mecanismos heterogéneos de difícil conciliación transfronteriza en caso de conflicto derivado de una reclamación de restitución.

Podríamos señalar por último el problema derivado del mecanismo del pago de una indemnización, al que se subordina la restitución del bien. Como ya habíamos apuntado, la Convención es poco clara respecto al alcance de esta compensación. Esto ha servido al Convenio Unidroit para detectar estas carencias y establecer unos criterios más orientativos a la hora de fijar el importe de esa indemnización. Junto a esta cuestión se plantea el tema del tratamiento al adquirente de buena fe²⁶⁵, asunto difícil de gestionar

²⁶³ BÁKULA, C., *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de 1970: balance y perspectivas*, París: Unesco 2012, 5. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 141, indica que, no obstante, hay países que entienden incluidos en la Convención los bienes procedentes de excavaciones ilegales con apoyo en los artículos 3 y 9, especialmente en este último precepto que permite a los Estados parte dirigir un llamamiento a los Estados interesados cuando su patrimonio se vea en especial peligro por pillajes arqueológicos, a fin de adoptar las medidas oportunas de cooperación internacional para tratar este asunto.

²⁶⁴ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 49; BÁKULA, C., *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de 1970: balance y perspectivas*, París: Unesco 2012, 6.

²⁶⁵ PROTT, L. V., *Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción*. París: Unesco 2012, 5.

en una reclamación de restitución que opera sólo por vía diplomática y que no se configura como una acción reivindicatoria, como veremos en el epígrafe siguiente.

Muchas de estas dificultades se pusieron en evidencia al poco tiempo de que la Convención hubiese entrado en vigor. Pese al carácter innovador y hasta revolucionario de este texto, no se puede perder la perspectiva del esfuerzo de consenso que fue necesario en el momento de su aprobación, lo que en gran medida impidió llegar a compromisos de mayor calado por parte de los Estados²⁶⁶. Por este motivo, la propia Unesco solicitó a Unidroit que iniciase los trabajos hacia la elaboración de un instrumento en el que se abordasen los aspectos privados de la restitución de bienes culturales²⁶⁷.

3. El Convenio de Unidroit de 1995

3.1. El porqué del Convenio de Unidroit de 1995

El Convenio Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente²⁶⁸ elaborado en Roma el 24 de junio de 1995 es un instrumento internacional elaborado en el seno del Instituto para la Internacionalización del Derecho Privado²⁶⁹. Se considera un documento elaborado para reforzar la finalidad perseguida por la Convención de la Unesco de 1970, como hemos mencionado, si bien el número de países que lo han ratificado es sensiblemente inferior²⁷⁰. Este Convenio busca articular mecanismos internacionales aplicables en la esfera del derecho privado para favorecer la recuperación de bienes culturales por parte de los Estados que hayan sufrido una sustracción ilícita, y en este sentido es complementario de la Convención porque parte de los mismos principios generales de salvaguardia, conservación e integridad expuestos en ella, pero propone soluciones de derecho privado que la Convención no contempla.

La razón de la diferencia existente entre el número de países que han ratificado uno y otro texto obedece a un cúmulo de motivos. Una de las causas principales es que la Convención de 1970 responde a la necesidad de plasmar una serie de principios sobre protección del patrimonio cultural de formulación más general y menos invasiva del ordenamiento jurídico interno de los países firmantes por cuanto el contenido de sus

²⁶⁶ PROT, L. V., *Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción*. París: Unesco 2012, 5.

²⁶⁷ PROT, L. V., «UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review* 1996, nº 1996-1, 59.

²⁶⁸ Texto completo traducido al español disponible en: <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/1995culturalproperty-convention-sp.pdf> [consultada el 17/08/2015].

²⁶⁹ Unidroit es un organismo creado en 1926 para apoyar la labor de la Sociedad de Naciones. Aunque ésta se disolvió en 1940, Unidroit siguió funcionando como organismo internacional independiente centrado en la armonización y unificación de derecho privado. [Véase ESTRELLA FARIA, J. A. (2013) «Unesco, Unidroit y la restitución de bienes culturales», en J. A. SÁNCHEZ CORDERO (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*. México: Universidad Autónoma, 20, y www.unidroit.org].

²⁷⁰ Actualmente un total de 37: <http://www.unidroit.org/status-cp> [consultada el 17/08/2015].

preceptos no establece obligaciones ejecutables por sí mismas²⁷¹, sino que instan a los poderes legislativos de los Estados firmantes a que adopten las medidas necesarias para ajustarse a esos principios²⁷². Las ideas que empapan todo el texto de la Convención tratan de plasmar un compromiso internacional adquirido por los Estados partes de luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales desde el origen, lo que implica procurar remover las causas que favorecen estas conductas y elaborar instrumentos normativos propios que las sancionen, impidan o persigan²⁷³. Al mismo tiempo, y como mecanismos prácticos para facilitar la correcta identificación de los bienes, se insta a los Estados a elaborar registros e inventarios de los mismos, anunciar cualquier sustracción para agilizar entre todos el hallazgo, y a invertir en educación y en información a fin de fomentar en sus respectivos territorios un clima de respeto general al patrimonio cultural.

En algunos puntos, la Convención es más explícita en la exposición de sus objetivos y en la expresión de los compromisos adquiridos por los Estados al ratificar el documento. Así, por ejemplo, el art. 8 dispone que «Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a imponer sanciones penales o administrativas a toda persona responsable de haber infringido las prohibiciones contenidas en el apartado b del artículo 6 y del apartado b del Artículo 7», y, de acuerdo con el 13.c) los países parte se comprometen «a admitir una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus propietarios legítimos o en nombre de los mismos».

A pesar del carácter imperativo de estos preceptos, la Convención no deja de ser un instrumento internacional que contiene principios de consenso en la materia, y no puede obligar directamente a los Estados firmantes a ejecutar estas medidas, cuya aplicabilidad en su territorio queda supeditada a la oportuna promulgación de la norma nacional que contenga una respuesta propia a estos postulados. Como algún autor señala a este respecto, desde el momento en que un Estado ratifica la Convención queda obligado por sus preceptos y mandatos, tal y como se deriva de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (vigente desde el 27 de enero de 1980), cuyo art. 26 se fundamenta en el principio jurídico *pacta sunt servanda*, también

²⁷¹ EE.UU. hizo una reserva expresa al ratificar la Convención de 1970 y declaró que no era retroactiva ni de carácter *self-executing*, lo que significa que requiere de su transposición legislativa al Ordenamiento interno del Estado parte para que resulte operativa. (ver el conjunto de declaraciones de los distintos Estados parte en: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 18/08/2015]). El informe de trabajo elaborado por la Oficina Federal de Cultura del Gobierno suizo (1999: 8) también aclara este punto y declara la Convención *not self-execution*.

²⁷² CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 124, indica que uno de los aspectos más criticados a la Convención de 1970 es que cuenta con diversos preceptos que revisten únicamente un carácter programático.

²⁷³ También se ha criticado en la Convención que se hace especial hincapié en adoptar medidas que prohíban la importación, pero se hace difícil pensar en una situación en la que los Estados establezcan un control sistemático de los bienes importados si no hay noticias previas de su origen incierto, o de que ha sido sustraído (STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 49). En sentido contrario puede también entenderse que si un Estado va a luchar contra la exportación ilícita de bienes culturales atenderá las reclamaciones de restitución que se le presenten si el bien es hallado en su territorio.

aplicable en la esfera internacional para los Estados firmantes de un tratado internacional («Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe»). Con base a este razonamiento, y aun cuando la Convención no contenga disposiciones directamente ejecutables, sino un mandato dirigido a los respectivos legisladores nacionales, el incumplimiento de la obligación de restitución por un Estado firmante ante el requerimiento del bien por parte de otro podría estimarse violación de la Convención y, por ende, de una norma ya integrada en el ordenamiento jurídico respectivo²⁷⁴.

Entre los mecanismos de funcionamiento de la Convención de la Unesco se ha previsto la elaboración de informes periódicos por parte de los Estados firmantes en donde se evalúe el progreso propio en la elaboración de una normativa interna que se ajuste a los principios del acuerdo y en que se ofrezca un análisis de las dificultades advertidas en la aplicación de las premisas de la Convención.

Una de las principales críticas que surgen al tratar este texto internacional es el alcance de su art. 7.b.ii), como ya hemos visto. Este precepto contiene una obligación que excede de la esfera del Derecho Internacional Público y se introduce en el ámbito del Derecho Privado²⁷⁵. En efecto, el establecimiento de un compromiso de esta naturaleza, en que se prevé articular una acción de restitución para recuperar un bien cultural ilícitamente sustraído, pero adquirido por un tercero de buena fe choca con el contenido sustancial de Derecho Privado de muchos países, que no siguen esta tradición jurídica de protección del tercero. Asimismo, la introducción del requisito de la indemnización respondía a las demandas de los países de tradición jurídica en que se protege al tercer adquirente de buena fe²⁷⁶, pero esto contradecía el principio seguido por otras legislaciones nacionales en las que la ilicitud del origen del tracto sucesivo viciaba de raíz los posibles negocios posteriores.

Quizás ante la insuficiencia de los postulados de esta Convención de 1970, comprobada tiempo después de su entrada en vigor, los informes recabados de los distintos Estados partes en que ponían de manifiesto las deficiencias y dificultades advertidas en su aplicación, así como por la naturaleza de tratado de consenso con que nació el texto²⁷⁷,

²⁷⁴ Así RENGIFO LOZANO, A. J., «Avances y perspectivas del derecho para la restitución de bienes culturales a sus países de origen: el caso del Patrimonio Cultural Quimbaya». *Revista Proloegómenos. Derechos y valores* 2008, vol. 11, n° 22, 25, quien razona: «cuando la razón de la salida de los bienes ha sido ilegal o ha sido declarada ilegal mediante sentencia judicial (...) la aceptación de la restitución no debería ser una facultad del Estado requerido. (...) el Estado requerido estaría en una especie de *obligación cultural* con alcance jurídico, consistente en operar la restitución o de lo contrario estaría violando la convención. (...) No tendría sentido que un país pretendiera mantener su condición de Estado Parte de un instrumento jurídico internacional, perpetuando o manteniendo una situación de ilegalidad consistente en negarse a restituir bienes culturales habidos ilegalmente o salidos ilegalmente de otro país, conforme lo hubiere declarado una sentencia judicial».

²⁷⁵ TCHIMINO GROSZ, C., *El Convenio Unidroit de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Memoria de licenciatura*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional 2012, 19.

²⁷⁶ PROTT, L. V., «UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review* 1996, n° 1996-1, 67.

²⁷⁷ PROTT, L. V., *Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción*. París: Unesco 2012, 5.

volcado sobre Derecho Internacional Público, la elaboración de un instrumento que fuese un paso más allá en la lucha del tráfico ilícito se hacía necesaria. El Convenio Unidroit de 1995 trata precisamente de dar respuesta a esta demanda, no obstante, es un acuerdo de difícil aceptación, porque sus disposiciones se adentran en la esfera de Derecho Privado interno de cada Estado. A esta misma idea obedecen las directivas europeas, operativas entre Estados miembros de la UE, que tratan de establecer un mecanismo de restitución de bienes culturales ilícitamente exportados sorteando la compleja vía diplomática que ofrece la Convención de la Unesco.

3.2. Mecanismo de restitución

Como ya hemos mencionado al abordar el concepto de *bienes* culturales en apartados previos, el Convenio Unidroit introduce algunos cambios con respecto al ámbito de aplicación de la Convención de 1970 que dan respuesta a algunas de las deficiencias detectadas en este texto. En primer lugar, en Convenio hace una definición más amplia de *bienes culturales* que permite la inclusión de un número mayor de bienes al no exigirse que estos estén necesariamente inventariados, ni pertenezcan a museos, monumentos públicos civiles o religiosos o a instituciones similares. La ausencia del requisito del inventario, suplido en parte con la presentación de una declaración formal de pertenencia del bien al patrimonio cultural del Estado requirente en el momento mismo de la reclamación, extiende su aplicabilidad a los bienes hallados en excavaciones no autorizadas de los que no se tenía noticia. Esta idea se acaba plasmando de forma expresa en el art. 3.2: «A los efectos del presente Convenio, se considera robado un bien cultural obtenido de una excavación ilícita, o de una excavación lícita pero conservado ilícitamente, si ello es compatible con el derecho del Estado donde se ha efectuado la excavación»²⁷⁸. Por otro lado, al no requerirse que los bienes pertenezcan a esas instituciones, se abre la posibilidad de que se formulen reclamaciones por particulares cuyos bienes culturales hayan sido robados o ilícitamente exportados.

El Convenio Unidroit aborda un tratamiento de los procesos de *restitución* y de *devolución* en sentido propio. Así, el art. 3.1, dentro del capítulo II sobre «Restitución de los bienes culturales robados» dispone: «El poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo»; mientras que dentro del capítulo III, con rúbrica «Devolución de los bienes culturales exportados ilícitamente», el art. 5.1 establece: «Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado

²⁷⁸ Algunos autores interpretan esta inclusión expresa como la subsanación de una omisión o grave ausencia en la Convención de 1970, así BÁKULA, C., *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de 1970: balance y perspectivas*, París: Unesco 2012, 8.

El Manual de la Unesco (UNESCO, *Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Manual de la Unesco* 2006, 12) aclara esta idea de la *compatibilidad* con el derecho del Estado donde se ha efectuado la excavación del modo siguiente: «En consecuencia, si un Estado Parte ha establecido en su legislación la propiedad estatal de bienes excavados ilegalmente, dicho Estado podrá pedir la restitución de los bienes y beneficiarse del régimen aplicable a los objetos robados frente a un poseedor que se encuentre en otro Estado Parte», lo que parece implicar que es necesaria una declaración legal de titularidad en favor del Estado.

contratante que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente». Como señala Calvo Caravaca²⁷⁹, este Convenio instaura dos acciones procesales en toda regla: una «acción de restitución» y otra «acción de devolución» internacionales²⁸⁰.

A) Acción de restitución y acción de devolución.

Uno de los objetivos del Convenio Unidroit fue erradicar ciertas prácticas consideradas especialmente perjudiciales, como el robo, situación muy extendida en el caso de hallazgos arqueológicos. En consecuencia, la posición del Convenio es distinta dependiendo si estamos ante un robo o ante una exportación ilegal, razón por la que trata ambas cuestiones en capítulos separados. Así, en el caso de robo, sólo se requiere que se demuestre la sustracción, sin mayor carga probatoria²⁸¹, para ordenar la restitución, sin entrar a hacer valoraciones sobre la importancia del bien en cuestión o la concurrencia de otros intereses perjudicados, como sí sucede en el caso de exportación ilegal. Además, para que opere la restitución, se requiere que el Convenio haya entrado en vigor en el Estado requerido, siempre que alternativamente o el bien hubiese sido robado en el país de origen tras la entrada en vigor del Convenio en él²⁸² o que el bien se encuentre en un país en el que el Convenio esté también en vigor²⁸³ (art. 10.1 CU).

Por lo que respecta a la restitución del bien robado, ésta ha de producirse con independencia de si el bien ha pasado a manos públicas o privadas, o si el adquirente era de buena o mala fe, circunstancia, esta última, que sólo se tiene en cuenta a efectos de fijar una posible indemnización en la forma prevista en el art. 4, que luego trataremos²⁸⁴.

²⁷⁹ CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, nº 18, 654.

²⁸⁰ La internacionalidad implica que los bienes reclamados han tenido algún paso por el extranjero en su iter transmisivo, aunque en el momento de la reclamación se halle de nuevo en el país de origen. Ver CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 129.

²⁸¹ SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 501, explica que esta es otra diferencia frente al proceso de *devolución*, y que la cuestión queda en manos del tribunal competente.

²⁸² SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 550, expone que en estos casos sería indiferente que en el momento de presentar la reclamación el bien se encontrase en un tercer Estado no contratante. La única dificultad en este supuesto sería la ejecutabilidad de una resolución judicial proveniente de un Estado, es decir, un problema sobre la validez extraterritorial de la resolución (CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 145).

²⁸³ Esto implica que el bien puede encontrarse en el momento de la reclamación en un país contratante distinto de aquel en que tuvo lugar el robo, aunque éste no fuera un Estado parte, o también, que el bien esté en el mismo país en que se produjo el robo, siempre que fuera un Estado contratante en el momento de cometerse (CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 146).

²⁸⁴ SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 501. Por su parte, ASKERUD, P. y CLÉMET, E., *La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales. Un manual de la Unesco para la*

Por el contrario, las previsiones con respecto a los bienes culturales exportados ilícitamente subordinan la devolución a que el Estado requirente demuestre que la falta de ese bien supone un menoscabo para sus intereses, como hemos visto, en los términos del art. 5.3 CU. No obstante, cumpliéndose estas premisas, la medida a tomar es igualmente el retorno del bien al país de origen, indemnizando al adquirente de forma equitativa a condición de que «no supiese o no hubiese debido razonablemente saber en el momento de la adquisición que el bien se había exportado ilícitamente» (art. 6 CU). Otra diferencia con respecto a los casos de restitución, es que en los supuestos de exportación ilegal la carga de la prueba es mayor para el requirente, pues debe acompañar toda la documentación de que disponga con la de demostrar la ilicitud de la exportación y la concurrencia de los intereses mencionados en el art. 5.3 (art. 5.4 CU). Además, para la reclamación de devolución en estos casos es necesario que la exportación ilegal se haya producido después de la entrada en vigor del Convenio en ambos Estados, requirente y requerido (art. 10.2 CU).

Como vemos, el art. 10, tanto en el caso de restitución como en el de devolución deja claro que el Convenio no tienen efectos retroactivos. Esta idea se descartó desde las primeras negociaciones en las que se acometió la elaboración del texto porque muchos países eran radicalmente opuestos a esta propuesta y eso habría conducido al fracaso del proyecto²⁸⁵.

B) La protección del adquirente y la indemnización equitativa.

En relación con la condición y tratamiento del adquirente, se entiende que es una de las cuestiones más problemáticas cuando ha actuado de buena fe²⁸⁶. No olvidemos que a este respecto, en la resolución de una reclamación de restitución internacional habría de regir la regla de la *lex rei sitae*, y por tanto la posible transmisión de la propiedad vendrá amparada por la legislación del país del adquirente, que es donde se halla el bien en el momento de la adquisición. En relación con la sustracción, si bien se comprende que el robo es un acto reprobable, no se puede olvidar el perjuicio que supone para un adquirente de buena fe que ha cumplido los requisitos de adquisición contemplados en su Ordenamiento nacional, ver su titularidad cuestionada en virtud de las normas de un

implementación de la Convención de 1970, México: Unesco 2009, 51-52, aclaran que uno de los objetivos del Convenio Unidroit era evitar las dificultades derivadas de la entrada de los bienes en el mercado de objetos culturales, donde la potencialidad para generar nuevas situaciones jurídicas protegibles ponía en riesgo la prosperidad de las reclamaciones de restitución. Por eso, en el caso de robo, la solución del Convenio está fuera de toda duda y exige la restitución «independientemente de involucramiento personal o conocimiento del robo original», con la única salvedad de que haya intervenido buena fe en la compra.

²⁸⁵ SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 548. PROT, L. V., «UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review* 1996, nº 1996-1, 68, señala que algunas de las versiones preliminares del texto sí habían incorporado de manera expresa una cláusula de irretroactividad, omisión que dio lugar a problemas interpretativos del texto final; no obstante la explicación era que los países exportadores veían en su inclusión en riesgo de que mencionar expresamente la irretroactividad añadiese un matiz de legitimación a las exportaciones realizadas con anterioridad aunque hubieran sido ilegales.

²⁸⁶ SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 500.

Estado que le es ajeno, el del origen del bien y ahora reclamante. La conciliación de las diferentes legislaciones internas es una cuestión complicada, cuando se mueven en líneas tan diversas y algunas diametralmente opuestas: por un lado, los Ordenamientos que recogen el principio *nemo dat quod non habet*, según el cual una sustracción del bien y posterior transmisión vicia de nulidad el negocio jurídico por lo que nunca se produciría la adquisición de la propiedad, de modo que la restitución opera sin necesidad de mediar indemnización; por otro lado, los Ordenamientos que, pese al vicio, cuando media buena fe, permiten consolidar la titularidad por el paso del tiempo (derecho alemán, francés o suizo); y finalmente aquellos Ordenamientos que protegen al adquirente de buena fe por razón de la estabilidad y seguridad del tráfico jurídico (derecho italiano)²⁸⁷. En el supuesto de las exportaciones ilegales el panorama puede ser incluso más complicado porque, a diferencia del robo, delito tipificado como tal en todos los Ordenamientos²⁸⁸, la exportación puede que no se considere ilegal por todas las legislaciones nacionales en función de una regulación sobre el patrimonio cultural más o menos permisiva de la circulación internacional de bienes. En consecuencia, no estaríamos siempre ante un acto reprochable, desde el punto de vista del juzgador competente del *forum rei sitae*, pues existen otros posibles foros de competencia, por lo que la adquisición de la propiedad por parte de un comprador de buena fe se presenta como una situación aún más protegida por el Derecho.

Consciente de estas dificultades el comité de trabajo que elaboró el texto del Convenio Unidroit optó por establecer una regla sustantiva con la que poner en marcha un mecanismo de retorno del bien al país de origen, sin entrar a discutir los temas relativos a la titularidad o la posible adquisición de la propiedad u otros derechos reales sobre el bien en cuestión²⁸⁹. La figura de la indemnización contemplada en el texto no es más que un medio para que la restitución sea efectiva y pueda llevarse a buen fin. La inclusión de esta solución fue una exigencia de los países en los que el principio de protección del adquirente de buena fe era un elemento estructural de sus sistemas jurídicos. Además, el establecimiento de una indemnización producía otra serie de consecuencias, como el fomento de una mayor diligencia a la hora de adquirir bienes culturales, o la disuasión en las sustracciones o la conclusión de ventas en las que los marchantes no pueden asegurar el origen lícito de las piezas²⁹⁰.

²⁸⁷ CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, nº 18, 651.

²⁸⁸ La ausencia de una definición de robo en el Convenio planteó la opción en la doctrina de interpretarlo en un sentido amplio y entender incluido en el concepto también la conversión, el fraude, la malversación intencional de un objeto perdido u otros actos culposos asimilables (SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 494), aunque finalmente se optó por entender incluido el robo en sentido propio. La cuestión entonces es saber si tal delito va a estar enjuiciado de acuerdo con la ley del país del foro o de acuerdo con la ley del país de origen del bien (vid. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 144).

²⁸⁹ CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, nº 18, 653.

²⁹⁰ PROTTE, L. V., *Commentaire relatif à la Convention d'Unidroit*, Paris: Unesco 2000, 73.

Por lo que respecta al tratamiento del adquirente de buena fe, situación que finalmente fue contemplada en el Convenio por el choque frontal de algunos Ordenamientos contra un sistema de restitución en que esta circunstancia no fuese tenida en cuenta²⁹¹, la dificultad añadida a esta figura consistía en fijar también a quién corresponde la carga de la prueba, pues pensemos en que en algunos sistemas jurídicos la buena fe se presume. Finalmente, ante la necesidad de proteger una serie de principios jurídicos superiores sustanciados en el retorno del bien a su país de origen, se consideró apropiado invertir la carga de la prueba y exigir al adquirente que demostrase una diligencia cualificada²⁹². El Convenio exige que el adquirente pruebe que no sabía o que no pudo razonablemente saber que el bien era robado o ilícitamente exportado, y que, en el caso de robo, demuestre que había actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisición (arts. 4.1 y 6.1 CU)²⁹³.

La descripción de esta conducta se completa con las pautas orientativas ofrecidas en el art. 4.4 CU para valorar la concurrencia de una diligencia debida en caso de robo: la calidad de las partes, el precio pagado, la consulta de registros, otra información a que se pudiera tener acceso así como una valoración por el juzgador del conjunto de las circunstancias. Por su parte, en los casos de exportación ilícita se tendrá en cuenta si existía o no certificado de exportación expedido conforme a Derecho y el resto de circunstancias. Todo esto configura una conducta en la que es necesario que exista una actitud activa de averiguación, siquiera mínima, de que el bien tenía una procedencia lícita, y no bastará ampararse en la mera ignorancia²⁹⁴.

De concurrir diligencia debida en los términos ya expuesto y buena fe, el adquirente tendrá derecho a una «indemnización justa y razonable», cuya razón de ser es la compensación de la pérdida del bien a causa de la restitución o devolución. La Convención de 1970 empleaba una terminología muy similar al hablar de «indemnización equitativa» y su acotamiento presentaba multitud de problemas interpretativos. El Convenio Unidroit no ayuda a aclarar esta cuestión pues no determina qué haya de entenderse por indemnización justa y razonable, asunto cuya

²⁹¹ PROT, L. V., «UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review* 1996, nº 1996-1, 68.

²⁹² STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 86.

²⁹³ Es de advertir que al hablar del adquirente de buena fe en el caso de un bien objeto de exportación ilícita, el Convenio omitió la cláusula incorporada en el caso de bienes robados de exigir «que pudiese demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición» (art. 4.1). La doctrina ha criticado esta omisión por cuanto parece exigirse menos diligencia a un comprador de un bien exportado ilícitamente que a uno de un bien robado. No obstante, la ausencia de esta cláusula puede entenderse compensada con la toma en consideración de las circunstancias enumeradas en los restantes apartados del art. 6, que vienen a configurar el tipo de diligencia exigible en el adquirente de un bien exportado ilícitamente, además de que no cierra la posibilidad de que el juzgador tome en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en el caso, incluidas las mencionadas en el art. 4.4 sobre bienes robados (STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 100).

²⁹⁴ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 160.

concreción queda a la estimación del juzgador²⁹⁵. Lo que sí aclara en Convenio es qué gastos ha de asumir el Estado requirente; así, en caso de exportación ilícita, se asumirán los costes ocasionados por la devolución (administrativos, de seguro, de transporte) (art. 6.4 CU), mientras que las costas procesales quedarán a lo que determine la ley aplicable del foro²⁹⁶; por su parte, en caso de restitución de un bien robado, ante la ausencia de mención expresa en el Convenio a la asunción de gastos, será una cuestión que quede a criterio del juzgador conforme a la ley del foro²⁹⁷.

Otra cuestión que se deriva del establecimiento de una indemnización es quién ha de hacerse cargo de ella. Habiendo un acto ilícito de por medio como origen de una solicitud de restitución, el Convenio deja abierta la posibilidad de que se reclame dicho importe al verdadero causante o un cedente intermedio en la cadena de transmisiones; pero si dicha persona no es localizada, la indemnización se abonará por el requirente, si bien conservará la potestad de reclamar contra el tercero causante del ilícito si se localiza (art. 4.3 CU). En los casos de exportación ilegal existe igualmente la posibilidad de reclamar el reembolso de la indemnización a cualquier tercero interviniente en el proceso de exportación; y además se da la alternativa al actual poseedor de buena fe de conservar la propiedad a cambio de que el bien regrese al país de origen, o transferir la propiedad, a título oneroso o gratuito, a favor de cualquier persona de su elección que viva en el país de origen del bien (art. 6.3 CU).

Las reclamaciones de reembolso de la indemnización son sumamente complicadas, porque lo más habitual es que quien ha intervenido en la comisión de un ilícito de esta naturaleza sea difícil o imposible de localizar. No obstante, aunque se valoró la posibilidad de establecer el principio de subsidiariedad, para que fuese el adquirente el que reclamase la cantidad pagada a quien le transmitió a él el bien, se estimó finalmente que no era una opción viable si ese tercero no tenía derecho a indemnización conforme al art. 4.1 CU²⁹⁸. Por otro lado, el Convenio no aclara quién tiene que abonar la

²⁹⁵ Como recuerda STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 92-93, no está claro si se refiere al precio pagado por el comprador, al precio de mercado de la pieza o al precio «objetivo» por el valor del objeto. Se consideró más apropiado dejar esta estimación a la apreciación del juzgador competente; no obstante, la autora señala que a falta de previsiones expresas existe el riesgo de que la indemnización sea considerada en un sentido más generoso por los países importadores, que vean el esfuerzo de inversión hecho por un comprador de buena fe, que por los países exportadores, que procurarán favorecer el retorno del bien como principal preocupación antes que tratar de compensar la pérdida del adquirente.

²⁹⁶ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 181; CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, n° 18, 666.

²⁹⁷ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 165; CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, n° 18, 666.

²⁹⁸ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 166; CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, n° 18, 666.

indemnización del Estado requirente, de modo lo no hay perjuicio alguno para que se gestione un acuerdo o un sistema alternativo de financiación para lograr el retorno del bien, tales como convenios con fundaciones o museos, pues lo que interesa es que dicha indemnización se haga efectiva²⁹⁹.

C) Legitimación activa y pasiva.

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de restitución corresponde al propietario desposeído, sea un sujeto privado o un ente público, como Estados contratantes, entidades regionales de esos Estados donde estuviese el bien, instituciones religiosas, fundaciones, museos, etc. También estarán legitimados los titulares de derechos reales sobre los bienes que ostentasen su posesión (arts. 3.3, 3.4 y 3.7 CU). En el caso de exportación ilegal la legitimación activa corresponde al Estado contratante (art. 5.1 CU).

La legitimación pasiva corresponde al poseedor en sentido amplio, tal como a entendido la doctrina, pues, a falta de una definición expresa de este concepto en el Convenio, es necesario tener en cuenta que no todas las legislaciones reconocen la diferencia entre el *poseedor* y el *tenedor* de la cosa; de modo que para tratar de favorecer la eficacia de los mecanismos de retorno establecidos, ha de entenderse incluido el tenedor en este término. Cuestión distinta es si el tenedor ha de tener también derecho a la indemnización si se estima procedente, asunto en el que la doctrina coincide en que ha de ser aplicada únicamente al poseedor del bien³⁰⁰.

D) Plazos de prescripción de la acción

Para los bienes culturales robados, el art. 3.3 fija un plazo general de 3 años desde que el demandante conoce la ubicación del bien y la identidad del poseedor, junto a un plazo absoluto de 50 años a contar desde el momento del robo. Este plazo absoluto, no obstante, no se aplica al robo de bienes pertenecientes a colecciones públicas, monumentos o lugares arqueológicos identificados (art. 3.4 CU). El apartado 5º del precepto deja abierta la posibilidad de que el Estado contratante fije plazos de prescripción absolutos de 75 años o más, de acuerdo con lo previsto en su legislación interna, para estos mismos bienes (colecciones públicas, monumentos o lugares arqueológicos identificados) por razón del especial interés que revisten para el país; pero el uso de esta potestad afectará tanto a los bienes propios hallados en otros países

²⁹⁹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 181.

³⁰⁰ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 149; SCHNEIDER, M., «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review* 2001, nº 2001-3, 502; STAMATOU, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 78; CALVO CARAVACA, A. L., «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana 2004, nº 18, 662.

contratantes como a las reclamaciones de otros Estados por los bienes localizados en su territorio^{301 302}.

En el caso de la devolución de bienes exportados ilegalmente, se sigue el mismo criterio de fijar un plazo de tres años desde que se localice el bien y se identifique al poseedor; así como un plazo absoluto de 50 desde que el bien salió del país de origen o de la fecha en que debería haber sido devuelto si se había autorizado una salida temporal.

4. Las directivas europeas en materia de restitución de bienes culturales

4.1. La Directiva 93/7/CEE

Abordaremos el funcionamiento de esta Directiva de forma sucinta, pues su régimen de funcionamiento ha sido sustituido por completo por la nueva Directiva 2014/60/UE, que deroga la anterior e introduce considerables cambios en la regulación de esta materia. No obstante, para entender el alcance de las modificaciones, resulta oportuno exponer las principales características del sistema instaurado por la Directiva del 93. Recordemos que la Directiva fue transpuesta a nuestro Ordenamiento jurídico a través de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre³⁰³.

Como tuvimos ocasión de exponer, esta Directiva trata de establecer un régimen de devolución de bienes culturales dentro del ámbito territorial de los países miembro de la UE, si bien la Ley 36/1994 extendió el ámbito de aplicación a los países parte del Espacio Económico Europeo. Uno de los criterios seguidos en el diseño de esta regulación fue el establecimiento de una definición de *bienes culturales* muy concisa y restringida cuyo alcance era considerablemente reducido por imponer requisitos cumulativos. Por otro lado hay que señalar que el ámbito sustantivo de aplicación se centraba en los casos de exportación ilegal de bienes culturales por haberse contravenido la normativa interna de los Estados miembro o las normas comunitarias de exportación reguladas en el Reglamento 3911/1992³⁰⁴, siempre que las exportaciones hubieran tenido lugar a partir del 1 de enero de 1993; pero no se aplicaba expresamente en los casos de sustracción de bienes, salvo cuando el delito iba seguido de una exportación entre Estados miembro.

³⁰¹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 157.

³⁰² España ha declarado esta acción imprescriptible: arts. 28 y 29 LPHE.

³⁰³ Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea. BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2002, páginas 8195 a 8196 (Ref. BOE-A-2002-4098).

³⁰⁴ Reglamento (CEE) n° 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales ([DOCE núm. L 395 de 31](#) de diciembre de 1992, p. 1), modificado por el Reglamento (CE) n° 2469/96 del Consejo ([DOCE núm. L 335 de 24](#) de diciembre de 1996, p. 9), el Reglamento (CE) n° 974/2001 del Consejo ([DOCE núm. L 137 de 19](#) de mayo de 2001, p. 10) y el Reglamento (CE) n° 806/2003 del Consejo ([DOCE núm. L 122 de 16](#) de mayo de 2003, p. 1).

La Directiva se refiere al retorno del bien a su país de origen como *restitución*. El texto trata de lograr esta devolución sin prejuzgar cuestiones dominicales, por lo que funciona casi como un mecanismo automático una vez se compruebe la concurrencia de los requisitos para ordenar el regreso del bien a su país de procedencia. El mecanismo de devolución descansa sobre el principio de cooperación entre Estados miembros y se articula de manera centralizada a través de las autoridades competentes designadas para ello por cada país. La legitimación activa corresponde al Estado que ha detectado la salida ilegal del bien de su territorio (Estado requirente) con independencia de la titularidad pública o privada del bien³⁰⁵, y la legitimación pasiva al poseedor o, en su defecto, al tenedor del bien (la Ley 36/1994 trata esta legitimación pasiva como alternativa).

Los tribunales competentes para conocer de la cuestión serán aquellos del lugar donde se ubique el bien (*forum rei sitae*), lo que aparta esta solución de la atribución competencial ordinaria que correspondería de acuerdo con el Reglamento 44/2001³⁰⁶ en lo que se refiere a la competencia judicial internacional en materia de bienes muebles³⁰⁷. La demanda debe ir acompañada de la documentación que identifique el bien, certifique que es un *bien cultural* y que ha sido ilícitamente exportado de acuerdo con la legislación interna o el Reglamento 3911/1992.

El plazo de prescripción de la acción es de un año desde que el Estado requirente tiene conocimiento de la ubicación del bien y de la identidad del poseedor, si bien hay un plazo absoluto de treinta años a contar desde la salida ilegal del bien del Estado miembro. Asimismo, se permite fijar un plazo de prescripción absoluta de 75 años, sólo para los bienes pertenecientes a colecciones públicas y bienes eclesiásticos sometidos a un régimen especial de protección previsto en la ley nacional, salvo en aquellos Estados miembro en que la acción sea imprescriptible o que, en virtud de tratados bilaterales, se haya establecido un plazo superior.

Asimismo, se prevé el pago de una indemnización equitativa si el poseedor demandado ha actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisición del bien, cuestiones que, al no ser definidas en el texto de la Directiva, siempre han planteado problemas de interpretación, similares a los señalados al tratar la Convención de la Unesco de 1970. La indemnización habrá de ser abonada al poseedor en todo caso, aunque se haya demandado subsidiaria o alternativamente al tenedor. Por su parte, el Estado requirente

³⁰⁵ Conviene señalar que de acuerdo con nuestra LPHE, todo bien exportado ilícitamente pasará a ser de titularidad estatal. El art. 29.1 LPHE establece una atribución de la titularidad *ope legis* en caso de incumplimiento de la normativa de exportación: «Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5º de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles». El apartado 3º del precepto prevé una posibilidad de recuperación si se demuestra por el anterior titular la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado.

³⁰⁶ Reglamento (CE) Nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOCE num. L 12/1, de 16 de enero de 2001, p. 1.

³⁰⁷ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 106.

que la pague tendrá derecho al reembolso de su importe frente a las personas que hayan sido responsables de la salida ilegal del bien.

4.2. La Directiva 2014/60/UE

Como hemos podido adelantar al tratar la definición de *bienes culturales*, la Directiva de 2014 trata de solventar algunos de los problemas detectados en el régimen instaurado por la anterior Directiva de 1993, lo que había redundado en una escasa tasa de aplicación del texto y la constatación de ciertas deficiencias debidas fundamentalmente a la restrictiva definición de los bienes culturales, la brevedad de los plazos de prescripción y los costes derivados de la restitución. En consecuencia, la Directiva de 2014 ataca directamente estos puntos problemáticos y ofrece una regulación mucho más amplia para respaldar la operatividad de los mecanismos de restitución³⁰⁸. El texto, si bien deroga el anterior, mantiene algunos puntos de la regulación que no presentaban las deficiencias indicadas, y sigue funcionando como un mecanismo de devolución automático de bienes en casos de exportación ilegal, por lo que las pautas de no prejuzgar las cuestiones relativas a la titularidad del bien (art. 13, que remite a la legislación interna del Estado requirente³⁰⁹) y de ordenar la devolución del bien cuando se compruebe la concurrencia de los requisitos para que la acción de restitución despliegue sus efectos (arts. 1 y 3), se mantienen, así como la posibilidad de que el

³⁰⁸ Debemos indicar que esta directiva está pendiente de ser transpuesta a nuestro Ordenamiento jurídico. En el momento de elaborar este estudio se ha confeccionado un primer informe sobre el anteproyecto de ley presentado al respecto, como luego tendremos ocasión de tratar.

Aún siendo conscientes de los posibles cambios que pueden existir en el texto del anteproyecto y la ley que finalmente se apruebe, mencionaremos los puntos de este documento que resulten relevantes para entender el modo en que el prelegislador español ha interpretado esta nueva Directiva.

El texto del anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley 36/1994 está disponible en: <http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/abiertos/directiva-93-7-cee/Ley-directiva-93-7-cee.pdf> [consultada el 21/08/2015]. El plazo para transponer la directiva a los ordenamientos nacionales concluyó el 18 de diciembre de 2015, sin que España haya dado cumplimiento a esta previsión. La falta de transposición de esta directiva por 8 Estados miembros, incluido España, ha motivado un Dictamen en el que se requiere a estos países a que cumplan con su deber de adaptación de sus ordenamientos nacionales. El Dictamen se anunció en el "Paquete de procedimientos por incumplimiento" de la Comisión Europea, publicado el 22 de julio de 2016, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-2490_es.htm [consultada el 10/11/2016].

³⁰⁹ El informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley de transposición de la directiva señala que el anteproyecto no transpone este precepto, al igual que tampoco lo hacía la Ley 36/1994 con respecto al mismo precepto, el 12, de la anterior Directiva 93/7/CEE. De acuerdo con el informe, el texto europeo ha establecido una auténtica norma de conflicto a favor de la *lex originis*, esto es, la ley del país de origen del bien, lo que supone abandonar la regla general del *forum rei sitae*, debido a la escasa protección que dicha norma puede otorgar a los bienes culturales. Pero la transcendencia del informe es que critica abiertamente la falta de transposición de este artículo, por cuanto motiva la entrada en funcionamiento de las normas de conflicto internas para determinar la competencia en función del momento y lugar en que se hubiese producido la adquisición por el tercero. Este planteamiento vulnera el principio de cooperación entre Estados que se pretende con la regulación comunitaria. Una posible solución a este problema podría pasar por entender que el art. 13 de la Directiva de 2014 es directamente aplicable sin necesidad de transposición expresa, situación que vulneraría el mecanismo de armonización legislativa previsto a nivel comunitario. La obviedad de la norma aplicable no obsta para que se incluya de manera expresa en la ley de transposición (BACH FABREGÓ, R., *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro estado miembro de la Unión Europea*. Informe aprobado por el pleno del CGPJ 2015, 50).

propietario desposeído o el propio Estado hagan uso de las acciones penales o civiles que le otorga el Ordenamiento jurídico nacional (art. 16).

A) Ámbito de aplicación material y temporal

Así, en primer lugar, deja la definición de los bienes culturales a la legislación interna de cada Estado miembro y elimina los requisitos anteriores de que dichos bienes se ajustasen a las categorías contempladas en el anexo así como a los criterios de valor económico y antigüedad. El art. 2.1 de la Directiva dispone:

A efectos de la presente Directiva se entenderá por: «bien cultural»: un bien que esté clasificado o definido por un Estado miembro, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de dicho Estado miembro, como «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», con arreglo a la legislación o procedimientos administrativos nacionales en el sentido del artículo 36 del TFUE³¹⁰.

Con relación a la definición que haga cada Estado sobre su patrimonio cultural, en el caso de España es destacable el hecho de que el texto del anteproyecto de ley de transposición de la Directiva hable de bienes clasificados como «patrimonio histórico, artístico o cultural» (art. 2.1.a del anteproyecto). Aunque desconocemos si en el texto de la ley que finalmente se apruebe se mantendrá esta terminología, es indicativo resaltar la inclusión del término «patrimonio cultural» pues supone una novedad en nuestro Ordenamiento jurídico, que siempre se había referido a estas categorías de bienes como «patrimonio histórico» (así en la Ley 16/1985 y las normas de desarrollo reglamentario) o «patrimonio histórico-artístico» en algunos casos de nuestra tradición legislativa sobre la materia³¹¹, si bien nuestra Constitución menciona el «patrimonio histórico, cultural y artístico» en su art. 46. Esta mención constitucional se había interpretado, habida cuenta del capítulo en que se ubica (Capítulo III del Título I sobre los principios rectores de la política social y económica), como una manifestación del deber de los poderes públicos de garantizar el acceso a la cultura del art. 40 CE en el sentido de asumir deberes de conservación y enriquecimiento de ese patrimonio. El empleo del término *cultural* se incardina de forma sistemática en el tratamiento que nuestra Carta Magna hace de la *cultura* en sentido antropológico y garantista de los llamados «derechos culturales»³¹². El hecho de que, tras la promulgación de nuestra Constitución, la Ley 16/1985 hubiese introducido la nomenclatura «patrimonio histórico», que no se ajustaba a la tradición normativa previa ni a la empleada en el art. 46 CE, y que esa terminología se hubiese mantenido de forma invariable hasta la actualidad, puede llevar a pensar que este cambio de designación reflejado en el anteproyecto de ley de transposición tiene una proyección superior a la que pudiera derivarse de la de un simple cambio de términos.

³¹⁰ Para entender la referencia al art. 36 TFUE vid. *supra* apartado V.1.

³¹¹ MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 37-38.

³¹² Vid. PRIETO DE PEDRO, J. (2009), «El Derecho de la Cultura», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VIII: Los sectores regulados, Vol. II, Madrid: Iustel, 271.

A este respecto el informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley acusa este cambio en la terminología, y señala que el concepto de «patrimonio cultural» evoca una noción más amplia que la contenida en los arts. 35 y 36 del TFUE de los que trae causa, es decir, que permitiría una mayor inclusión de bienes en el concepto, frente al uso restrictivo de las excepciones que se debe hacer en el mercado comunitario sobre la limitación de la circulación de mercancías. Indica, además, que el calificativo *cultural* permitiría amparar los bienes de valor histórico, arqueológico, etnográfico, artístico, que es lo que se pretende con la Directiva, ahora bien, el propio texto admite la posibilidad de que los Estados miembro amplíen su regulación a otros bienes distintos de los definidos en su art. 2.1 (art. 15.1 Directiva 2014). En consecuencia, el informe explica que

La conveniencia de prescindir del término «patrimonio cultural» no radica, por tanto, en su amplitud, sino en su inconcreción. El concepto «patrimonio cultural» es ideal y abstracto, mientras que el de «bienes culturales» es más concreto; y el objetivo de la protección del patrimonio cultural se logra a través de la protección de patrimonios materiales y concretos de la cultura, es decir, los bienes culturales³¹³.

Considero que este cambio terminológico debe encuadrarse dentro de las ampliaciones de concepto sobre el tratamiento de los bienes culturales que está teniendo lugar tanto a nivel comunitario como internacional. Es indicativo que el actual TFUE mencione expresamente el «patrimonio cultural» (art. 167 TFUE), y muy particularmente las referencias a la «diversidad cultural» (arts. 4.16, 165, 207 TFUE). Lo mismo puede decirse del TUE, que alude igualmente al «patrimonio cultural europeo» y a la «diversidad cultural» (art. 3.3 TUE). Por otro lado, la inclusión del concepto de «patrimonio cultural» en nuestra legislación puede obedecer al deseo de dar a esta idea una proyección mayor con el fin de incorporar las nuevas perspectivas que este patrimonio tiene a la luz de las Convenciones de la Unesco sobre Patrimonio Cultural Inmaterial y sobre Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

En relación con el carácter irretroactivo de la Directiva y el marco temporal de aplicación, el texto deja abierta la posibilidad de que los Estados miembro puedan extender el ámbito temporal de aplicación de esta regulación a exportaciones ilegales anteriores al 1 de enero de 1993 (considerando nº 10). El art. 14, no obstante, establece la regla general de que la Directiva será de aplicación a las salidas de bienes producidas a partir de esa fecha; pero el art. 15.2 permite a los Estados aplicar estas disposiciones a exportaciones de bienes ocurridas con anterioridad. El informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley de transposición española cuestiona el hecho de que el prelegislador no hubiese aprovechado esta potestad pues, si bien es cierto que hasta el 1 de enero de 1993 no se eliminaron los controles aduaneros intracomunitarios, lo que habría hecho

³¹³ BACH FABREGÓ, R., *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro estado miembro de la Unión Europea*. Informe aprobado por el pleno del CGPJ 2015, 18.

más difícil las salidas de bienes culturales sin detección; lo cierto es que una extensión del ámbito temporal de aplicación habría dado cobertura a esos supuestos, algo fácilmente asumible, sobre todo cuando la propia Directiva ofrece esta posibilidad³¹⁴. Quizás el contenido de este dictamen del CGPJ pueda inclinar al legislador a introducir cambios en el texto en la versión definitiva de la ley que se apruebe.

Por lo que respecta a la definición de la exportación ilícita, la Directiva de 2014 alude a dos supuestos: la exportación definitiva por incumplimiento de la normativa interna sobre patrimonio cultural o por contravención del Reglamento 116/2009³¹⁵; o la no devolución del bien en plazo cuya salida se había autorizado con carácter temporal (art. 2.2).

El Reglamento 116/2009 ha procedido a la codificación del anterior reglamento que trataba esta cuestión, el Reglamento 3911/1992, que había sido modificado en varias ocasiones. La pretensión de este texto es comunicar a la Comisión europea las autoridades que cada Estado miembro haya designado como competentes a efectos de emitir certificados de exportación sobre bienes culturales que estuviesen en su territorio de forma definitiva a fecha de 1 de enero de 1993 o que, hallándose en él con posterioridad, hayan entrado de forma lícita con la oportuna autorización emitida por otro Estado miembro. La exportación a la que se refiere este Reglamento es extracomunitaria, es decir, no entre Estados miembro (art. 2.1).

Una de las técnicas empleadas por el texto es la de ofrecer un listado de categorías en su anexo I en las que habrán de encajar los bienes para ser estimados «culturales» a efectos del Reglamento. Su art. 1 establece: «Sin perjuicio de las facultades de que disponen los Estados miembros en virtud del artículo 30 del Tratado, a efectos del presente Reglamento se entenderá por “bienes culturales”, los bienes incluidos en la lista que figura en el anexo I». La referencia a la potestad de los Estados para legislar sobre materia de patrimonio cultural dentro de los márgenes del art. 30 TCE (hoy art. 36 TFUE, como hemos visto) implica que existe la posibilidad de que haya bienes pertenecientes al patrimonio cultural de un Estado que no se ajusten a las categorías del R 116/2009 y por tanto, el Reglamento no les sea de aplicación, y viceversa, bienes que entren dentro del campo de aplicación del Reglamento que, sin embargo, no pertenezcan al patrimonio cultural del Estado miembro de acuerdo con su legislación interna.

Esta misma situación se producía entre el anterior Reglamento 3911/1992 y la Directiva 93/7/CEE. Aunque ambos textos comparten el objetivo de evitar la salida ilícita de bienes culturales de su país de origen, operaban en situaciones distintas: la Directiva para devolver los bienes a ese país y el Reglamento para controlar que las salidas a

³¹⁴ BACH FABREGÓ, R., *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro estado miembro de la Unión Europea*. Informe aprobado por el pleno del CGPJ 2015, 50-51.

³¹⁵ Reglamento (CE) no 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales. DOCE núm. L 39 de 10 de febrero de 2009.

terceros Estados sean legales³¹⁶. Ahora bien, como textos complementarios presentaban la gran ventaja de compartir un sistema de identificación de bienes por categorías de sus anexos lo que resultaba en un ámbito de aplicación muy similar, aunque no idéntico (la Directiva de 1993, además de los requisitos del anexo, sí exigía que los bienes fuesen calificados como patrimonio histórico, artístico o arqueológico; mientras que el Reglamento tal requisito no existe). En consecuencia, aunque el ámbito de aplicación no era idéntico, había una gran proximidad y los casos en que a un mismo bien le resultase de aplicación la Directiva 93/7/CEE y el R 3911/1992 podían ser numerosos.

Por el contrario, la nueva Directiva de 2014 remite a la legislación interna de cada Estado para saber qué ha de entenderse por bien cultural. Esto, sumado a la supresión de los requisitos de los anexos, resulta en un campo de aplicación material sensiblemente más extenso que el del texto predecesor y, en consecuencia, se aumentan los supuestos en que un bien esté incluido en la Directiva pero no en el Reglamento 116/2009. Eso quiere decir que los casos de aplicabilidad de la Directiva por infracción de las normas comunitarias de exportación previstas en dicho Reglamento serán considerablemente inferiores a aquellos en que se solicite la restitución por incumplimiento de las legislaciones internas sobre patrimonio cultural. Además, hay que tener en cuenta que el Reglamento se refiere a la salida de bienes fuera del territorio de la UE, de manera que sólo se aplicará la Directiva cuando el bien esté de nuevo en el territorio de un Estado miembro lo que implica que haya sido exportado contraviniendo el Reglamento y regresado con posterioridad al espacio de la UE³¹⁷.

Por lo que respecta a la exportación ilícita por contravención de las legislaciones nacionales, la admisión de la demanda de restitución está condicionada a que el Estado requirente certifique que dicha salida ha sido ilegal (art. 6 Directiva 2014). En relación a España, recordemos que nuestra Ley 16/1985 considera inexportables los bienes calificados como BIC y aquellos declarados expresamente inexportables entre tanto se incoa expediente de clasificación (art. 5.3 LPHE). Los restantes bienes integrantes del PHE, ya estén inventariados, ya carezcan de inventario pero cuenten con una antigüedad igual o superior a 100 años, deberán solicitar un permiso expreso para ser exportados (art. 5.2 LPHE).

Junto a estos supuestos, la letra b del art. 2.2 de la Directiva de 2014 menciona la no devolución tras una salida temporal o que se infrinja cualquier otra condición de dicha salida temporal. El informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley de transposición interpreta este último inciso en el sentido de entender incluidos en él los casos de robo, hurto y apropiación indebida por no devolución en plazo. Sin embargo, la lectura sistemática de ambos apartados a) y b) llevan a la conclusión de que la Directiva no será de aplicación a los supuestos de salida ilícita del bien por motivos fiscales o formales

³¹⁶ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 82-83.

³¹⁷ LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, P., *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*. Valencia: Tirant lo blanch 2001, 82; MAGÁN PERALES, J. M. A., *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova 2001, 451.

ajenas a la naturaleza cultural de los bienes, pues únicamente está pensada para la restitución de bienes que han sido ilegalmente exportados en contravención de las normas internas reguladores del patrimonio cultural³¹⁸.

B) Cooperación entre Estados.

La cooperación entre Estados miembro en esta materia ya se había establecido como un principio fundamental en la anterior Directiva de 1993. La actual de 2014 mantiene el régimen de centralización de las funciones derivadas del texto en las autoridades designadas para ello por cada Estado miembro (art. 4). No obstante, el nuevo instrumento pone de manifiesto la necesidad de intensificar esos mecanismos de cooperación, lo que pasa necesariamente por potenciar el intercambio de información entre esas autoridades centrales para facilitar la identificación de bienes que han salido de forma ilegal del país de origen. Por eso se establece la creación de un módulo específico diseñado para bienes culturales dentro del IMI, el Sistema de Información del Mercado Interior establecido por el Reglamento 1024/2012³¹⁹ (considerando nº 11). Esta idea se plasma después en el articulado de la Directiva en el art. 5, donde, además de enumerar los deberes de búsqueda, intercambio de información, labores de conservación, facilitación de la identificación e intermediación en los que se concreta la obligación de cooperación entre las autoridades centrales de los Estados miembro, menciona expresamente esta nueva sección del IMI como base de datos informativa sobre bienes culturales robados o exportados de forma ilegal. También se recoge en el último inciso del art. 7, según el cual «El intercambio de información se llevará a cabo a través del IMI de acuerdo con las disposiciones legislativas aplicables a la protección de los datos personales y de la vida privada, sin perjuicio de la posibilidad de que las autoridades centrales competentes utilicen otros medios de comunicación además del IMI».

C) Legitimación activa y pasiva

Al igual que la anterior Directiva, la actual de 2014 establece en el art. 6 que «El Estado miembro requirente podrá interponer contra el poseedor y, en su defecto, contra el tenedor, ante los tribunales competentes del Estado miembro requerido, una acción de restitución del bien cultural que haya salido de forma ilegal de su territorio». Las menciones al poseedor y al tenedor vuelven a plantearse de forma subsidiaria. Con respecto a la Directiva 93/7/CEE, la Ley 36/1994 con que fue incorporada a nuestro Ordenamiento jurídico planteaba una legitimación pasiva alternativa entre el poseedor y el tenedor, cuestión que no planteaba ningún inconveniente jurídico porque el cómputo

³¹⁸ BACH FABREGÓ, R., *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro estado miembro de la Unión Europea*. Informe aprobado por el pleno del CGPJ 2015, 41.

³¹⁹ Reglamento (UE) no 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI»). DOCE núm. L 316 de 14 de noviembre de 2012.

del plazo de prescripción de la acción tiene como *dies a quo* la identificación de cualquiera de ellos.

La legitimación activa corresponde al Estado de cuyo territorio ha salido de forma ilegal el bien cultural objeto de reclamación.

La competencia de los tribunales vendrá determinada por la legislación interna de cada Estado miembro. Según el art. 2 Ley 36/1994 la competencia corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil para conocer de las demandas de restitución que se planteen por bienes exportados ilegalmente que se hallen en España. Esta misma remisión es la que está recogida en el anteproyecto de ley de transposición, a falta de un cambio ulterior en el texto definitivo. El informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley critica esta redacción porque conduce a la aplicación de un conjunto de normas procesales sobre la atribución de competencia jurisdiccional, por eso, aconsejan un cambio de redacción para hacer mención expresa de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil³²⁰, según la cual, las reclamaciones de restitución deberán tramitarse por el cauce de los juicios verbales³²¹.

En cualquier caso, al igual que en la Directiva anterior, la demanda sólo se admitirá a trámite si se acompaña de un certificado emitido por el Estado requirente en el que se describa e identifique el bien como perteneciente a su patrimonio cultural, junto con una declaración emitida por las autoridades competentes de que el bien ha salido del territorio de forma ilegal (art. 6 Directiva 2014).

D) Adquirente de buena fe e indemnización equitativa.

La Directiva de 2014 explica en su considerando nº 17 que la fijación de unos criterios sobre la diligencia que ha de observar el adquirente son imprescindibles para que las previsiones del texto surtan verdaderos efectos: «Las consecuencias de la adquisición de un bien cultural de procedencia ilegal solo serán verdaderamente disuasorias si el pago de una indemnización va acompañado de la obligación de que el poseedor del bien demuestre el ejercicio de la diligencia debida».

En efecto, la anterior directiva disponía en su art. 9 que el juzgador habría de abonar al poseedor una indemnización equitativa «siempre que tenga el convencimiento de que el poseedor haya actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisición», y añadía «La carga de la prueba se regirá por la legislación del Estado miembro requerido». La ley española, sin aclarar mucho más estas nociones, incluía además el requisito de que el poseedor hubiese actuado de buena fe (art. 8 Ley 36/1994). No obstante, uno de los problemas que planteaba esta redacción es que la inclusión de parámetros más precisos para acotar la conducta por parte de las legislaciones internas de transposición de la directiva podía conducir a valoraciones divergentes sobre la

³²⁰ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000 (BOE-A-2000-323).

³²¹ BACH FABREGÓ, R., *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro estado miembro de la Unión Europea*. Informe aprobado por el pleno del CGPJ 2015, 29.

cualidad de la actuación del poseedor. Así, en el caso de España, la inclusión del requisito de la buena fe puede ser apreciado en un sentido determinado por el juzgador, a la vista de las circunstancias del caso; mientras que la ausencia de ese añadido en otras legislaciones, conducir a un pronunciamiento diferente, lo que afectaría a la pretendida uniformidad de la Directiva³²².

La nueva Directiva ha optado por añadir un párrafo en su art. 10 en el que describe la conducta que habrá de ser valorada para que se estime diligente:

Para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la documentación sobre la procedencia del bien, las autorizaciones de salida exigidas por el Derecho del Estado miembro requirente, en qué calidad actúan las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de los registros accesibles sobre bienes culturales robados y cualquier otra información pertinente que hubiese podido razonablemente obtener o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias.

El anteproyecto de ley reproduce este contenido en su art. 11.3, y puntualiza en el apdo. 2 del mismo precepto que la indemnización procederá «siempre que el poseedor haya adquirido a título oneroso, de buena fe y pruebe que ha empleado la diligencia exigible a una persona razonable». La redacción de este párrafo en la Directiva de 2014 parece que conducirá a una mayor homogeneidad en su aplicación aunque las legislaciones nacionales incluyan otros parámetros como el de la buena fe citado.

No obstante, el anteproyecto de ley de transposición española introduce una importante novedad con respecto al texto de la Directiva de 2014 y a la Ley 36/1994 anterior. El art. 11.2 del anteproyecto reproducido en el párrafo precedente requiere que el adquirente sea a título oneroso, además de diligente y de buena fe, para aplicar la indemnización. El informe del CGPJ sobre el anteproyecto señala este inciso como un error del prelegislador porque, si bien lo más frecuente es que se trate de un comprador del bien, nada obsta a que lo haya adquirido por otros títulos, y esta es, según el informe, la razón de que la Directiva establezca en su art. 10 inciso 3º que «En caso de donación o de sucesión, el poseedor no podrá disfrutar de un régimen más favorable que el que haya tenido la persona de quien haya adquirido el bien en dicho concepto», disposición incorporada en el art. 11.4 del anteproyecto. La recomendación del informe es, en consecuencia, la supresión de la exigencia de la adquisición a título oneroso, para que el texto ampare verdaderamente a todo poseedor de buena fe³²³. Estará por ver si el texto final asume estas recomendaciones e introduce esos cambios en su redacción definitiva.

³²² CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex 2007, 119.

³²³ BACH FABREGÓ, R., *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro estado miembro de la Unión Europea*. Informe aprobado por el pleno del CGPJ 2015, 49.

Por lo que respecta a la cuantificación de la compensación, ambas Directivas mantienen el criterio de establecer una indemnización equitativa a tenor de las circunstancias de cada caso específico, cuestión que habrá de resolver el tribunal competente. El pago corresponde al Estado requirente en el momento mismo de la restitución (art. 10 Directiva 2014) y ha de incluir además los gastos derivados de la ejecución de la decisión de restitución así como los originados por medidas de conservación que se hubiesen tenido que tomar entretanto (art. 11).

E) Plazos de prescripción.

La otra gran novedad de la Directiva de 2014 es la modificación de los plazos de prescripción de la acción de restitución. Como bien explica en su considerando nº 14:

El plazo para ejercer la acción de restitución debe también ampliarse a tres años a partir de la fecha en la que el Estado miembro de cuyo territorio salió de forma ilegal el bien cultural tuvo conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien cultural y de la identidad de su poseedor o tenedor. La ampliación de este plazo debe facilitar la restitución y desincentivar la salida ilegal de patrimonios nacionales. En aras de la claridad, conviene disponer que el plazo de prescripción comience a contar en la fecha en que la autoridad central del Estado miembro de cuyo territorio salió de forma ilegal el bien cultural tuvo conocimiento de dicha salida.

En efecto, los informes sobre la aplicación de la Directiva 93/7/CEE habían arrojado datos negativos sobre los plazos previstos para el ejercicio de la acción que, recordemos, era de un año.

Esta ampliación de plazo se completa con la concesión de un período de 6 meses para verificar por parte del Estado requirente que un bien sospechoso de haber sido ilegalmente exportado es un «bien cultural» a efectos de la Directiva (art. 5.3 Directiva de 2014), cuando la Directiva anterior concedía únicamente 2 meses.

Se mantienen en el nuevo texto los plazos de prescripción absolutos de 30 años desde la salida ilegal, y de 75 o más para bienes pertenecientes a colecciones públicas³²⁴ o incluidos en inventarios de instituciones eclesiásticas o de otras instituciones religiosas que tengan un tratamiento especial en la legislación nacional, según los compromisos derivados de convenios bilaterales o las propias disposiciones internas del Estado que establezcan la imprescriptibilidad de la acción.

La novedad a este respecto es, por un lado, la mención expresa a los inventarios de otras instituciones religiosas distintas de la eclesiástica, punto en el que se toma en

³²⁴ La directiva ofrece un concepto propio de «colección pública» en el art. 2.8: «las colecciones que, estando clasificadas como públicas con arreglo a la legislación de un Estado miembro, son propiedad de ese Estado miembro, de una autoridad local o regional del mismo o de una institución situada en su territorio, a condición de que esa institución sea propiedad de dicho Estado miembro o de una autoridad local o regional, o esté financiada de forma significativa por cualquiera de ellos».

consideración la existencia de regímenes que otorguen una especial protección a los bienes inventariados pertenecientes a otras confesiones con las que los Estados hayan cerrado un acuerdo; y, por otro, la fijación del inicio del cómputo del plazo. Es de destacar la insistencia recogida en el considerando nº 14 de que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción comience cuando el Estado haya tenido conocimiento de la salida del bien, y no en la fecha en la que ésta haya tenido lugar.

VI. Principios de Derecho Internacional

1. Hacia unos principios consuetudinarios en materia de bienes culturales

La evolución que se puede apreciar en el concepto de cultura dentro del Derecho internacional no se ha detenido en los últimos años. El proceso que dio lugar a la construcción del concepto *cultura* desde una perspectiva antropológica ha desplegado efectos tanto en aspectos más tangibles y físicos, en el caso de la noción de *bienes culturales*, como en vertientes más ideales e intangibles, como el concepto de *patrimonio cultural inmaterial*. Llegar a la consolidación de estas ideas ha supuesto el asentamiento de una serie de principios desprendidos de la consideración de la cultura en la esfera internacional e íntimamente conectados con otros principios fundamentales como los Derechos Humanos o el Derecho Medioambiental. A su vez, la conexión que se ha visto en la protección e incentivo de la cultura de los pueblos con el desarrollo sostenible y otros fenómenos como la globalización y numerosos cambios socio-políticos han puesto de manifiesto, fuera ya de toda duda, que la cultura es un factor humano a tener en cuenta en las relaciones entre sociedades y entre naciones, y uno de los elementos fundamentales para entender respetada la identidad de los colectivos y permitir su crecimiento y desarrollo como tales.

La existencia de un Derecho internacional de la cultura, como una rama de estudio autónoma dentro del Derecho internacional es una materia no exenta de polémica. Fernández Liesa³²⁵, en cambio, entiende que estamos claramente ante un sector con entidad propia, pues reúne los requisitos que caracterizan a todas las áreas jurídicas con autonomía, tales como la existencia de un objeto identificado, la presencia de un conjunto de instrumentos internacionales centrados en ese objeto, la existencia de una doctrina especializada, y el funcionamiento de una serie de instituciones volcadas en la elaboración de esos instrumentos y en el tratamiento y construcción del objeto mismo.

Prieto de Pedro afirma que en los últimos años hemos asistido a la consolidación de una nueva especialidad científica y académica con nombre propio: el Derecho de la Cultura, a pesar de que tradicionalmente el Derecho y la cultura fueron materias que se habían desarrollado en esferas separadas³²⁶. En este proceso constructivo, que no surgió *ex*

³²⁵ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 51-52.

³²⁶ PRIETO DE PEDRO, J. (2009), «El Derecho de la Cultura», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VIII: Los sectores regulados, Vol. II, Madrid: Iustel, 261.

nihilo, se aprecia el paso de un simple conjunto de disposiciones dispersas que comenzaban a incorporar referencias a la cultura con un carácter secundario y tangencial, a la aparición de un cuerpo jurídico de normas, nacionales e internacionales, que abordan la materia desde un punto de vista estructural, en las que la cultura se ha convertido en su fundamento y razón de ser³²⁷. Este autor señala además, que uno los aspectos principales sobre los que se proyecta en Derecho de la Cultura es la regulación del patrimonio cultural, si bien no ha de perderse de vista que la existencia de una rama jurídica autónoma como ésta ha de caracterizarse por una lectura de conjunto, sistemática y global, que se haga de la totalidad de disposiciones relacionadas con la materia, lo que mejorará la capacidad para entender los procesos normativos culturales y también el papel que el Derecho está llamado a desempeñar en su regulación³²⁸. Prieto de Pedro concluye que, «el Derecho de la Cultura moderno, inserto en el marco de un Estado democrático y de derecho, no puede tener otro objetivo que la garantía del libre desarrollo de los procesos de creación, transmisión y conservación de la cultura»³²⁹.

Centrándonos en el sector de los bienes culturales y los distintos instrumentos convencionales de salvaguardia que se han elaborado, cabe preguntarse, como indica Francioni, si existe hoy un grupo de principios generales de derecho internacional de carácter consuetudinario aplicables a la protección del patrimonio cultural³³⁰. Fernández Liesa explica que en sentido estricto no existen en este sector normas secundarias propias de las que se desprendan regímenes de creación y aplicación de nuevas normas, a lo que se añade el hecho de que el Derecho internacional de la cultura está fragmentado y disperso, hallándose sus disposiciones repartidas en numerosos instrumentos que tratan además otras cuestiones en contextos muy diversos como la propiedad intelectual, la relación con el comercio internacional o el patrimonio inmaterial³³¹.

No obstante, sí puede advertirse que en la esfera internacional se están asentando una serie de principios consuetudinarios de Derecho internacional de la Cultura³³², al igual que tiempo atrás se fueron consolidando otros aplicables a otras áreas, tales como el respeto a la soberanía de los Estados, el principio de no injerencia, la libre determinación de los pueblos, etc. Fernández Liesa señala una serie de principios,

³²⁷ PRIETO DE PEDRO, J. (2009), «El Derecho de la Cultura», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VIII: Los sectores regulados, Vol. II, Madrid: Iustel, 264.

³²⁸ PRIETO DE PEDRO, J. (2009), «El Derecho de la Cultura», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VIII: Los sectores regulados, Vol. II, Madrid: Iustel, 266.

³²⁹ PRIETO DE PEDRO, J. (2009), «El Derecho de la Cultura», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VIII: Los sectores regulados, Vol. II, Madrid: Iustel, 266.

³³⁰ FRANCIONI, F. (2009) «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídica internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 15.

³³¹ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 53-54.

³³² FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 54.

algunas veces vinculados íntimamente con otros principios de Derecho internacional general, y muchos de ellos consagrados después en instrumentos internacionales.

En primer lugar, el *Derecho a la libre elección del sistema cultural*, unido al principio de *Soberanía cultural*³³³, manifestaciones que se desprenden de la igualdad soberana de todos los Estados y la obligación de no intervenir en los asuntos internos de otro Estado. De este principio se desprende la competencia del país para fijar libremente sus políticas culturales nacionales, y ya fue recogido en el art. 6.1 de la Convención de la Unesco sobre Protección del Patrimonio Cultural y Natural de 1972³³⁴. Como una consecuencia natural de estos principios, cabe citar el de *igual dignidad y valor de todas las culturas*, también recogido en dicha declaración^{335, 336}.

En segundo lugar, otro principio asentado es el de *cooperación cultural internacional*³³⁷, que ya había quedado consolidado en la Declaración de Principios de la Cooperación Cultural Internacional, de 1966, elaborada por la Unesco³³⁸. Este deber de cooperación implicaba una obligación de los Estados de ayudar en su desarrollo recíproco, teniendo en cuenta el factor cultural, el respeto de sus respectivos patrimonios y el diálogo intercultural.

En tercer lugar, la conexión entre la cultura y *los derechos humanos*³³⁹. Ya hemos tenido ocasión de tratar esta cuestión en relación con la restitución de bienes culturales, sobre la base de la íntima unión que existe entre la cultura del colectivo y su valor identitario. Esto a su vez se conecta con la máxima de la libre determinación de los pueblos y el trato de igualdad entre naciones que ha de regir en la comunidad internacional.

En cuarto lugar, y como una consecuencia del principio anterior y sus conexiones, cabe mencionar el *derecho a la identidad cultural*³⁴⁰, consagrado en numerosos textos internacionales desde la Declaración de Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966. La protección del patrimonio cultural es una de las ideas más conectadas con el principio de identidad, por cuanto su conservación, integridad y

³³³ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 55.

³³⁴ Ratificada por España en 1982: BOE núm. 156, de 1 de julio de 1982, páginas 17883 a 17887 (BOE-A-1982-16404). Texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 22/08/2015].

³³⁵ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 60.

³³⁶ A este mismo principio alude la Convención de la Unesco de 2005, pero trataremos la incidencia de la diversidad cultural en el siguiente apartado.

³³⁷ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 56.

³³⁸ Texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 22/08/2015].

³³⁹ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 56.

³⁴⁰ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 57.

permanencia en el territorio de origen tiene vinculaciones con el valor identitario de los bienes que lo integran.

En quinto lugar, podríamos mencionar el *principio de pluralismo*³⁴¹, que alude a la coexistencia de sociedades diversas y que no se aplica sólo a la esfera cultural, sino también a otros campos ideológicos o religiosos, de modo que la comunidad internacional no ha de tender hacia la uniformidad, sino hacia el respeto de esas diferencias.

Centrándonos más en el ámbito del patrimonio cultural, Francioni señala que se puede advertir en la actualidad una preponderancia de la idea de que los bienes culturales que han salido ilícitamente del territorio de su país de origen deban retornar a él³⁴². Esto implica una tendencia a la primacía de la teoría del nacionalismo cultural sobre la del internacionalismo cultural, como ya hemos mencionado, que se desprende de un deber asumido a nivel internacional acerca de la obligación de prevenir y reprimir el tráfico ilícito de bienes culturales. Esta tendencia se ha decantado en los últimos años a consecuencia de los instrumentos internacionales emanados sobre esta materia, cuyos postulados han ido calando en la conciencia colectiva internacional, al tiempo que iban acompañados de una construcción dogmática de principios asociados al respeto de la cultura de los pueblos y sus respectivos patrimonios. De hecho, aunque los avances en estas cuestiones suelen ser lentos, algunas manifestaciones prácticas y jurisprudenciales evidencian que la protección del patrimonio cultural se ha convertido en un asunto de gran interés para la comunidad internacional y que es posible identificar algunas obligaciones al respecto de origen consuetudinario³⁴³.

Las primeras manifestaciones de esos principios relativas a la necesidad de salvaguardar la integridad y conservación de los bienes culturales se plasmaron en los primeros textos que establecían deberes de respeto en caso de conflicto armado, imponiendo la obligación de evitar la destrucción de monumentos durante el enfrentamiento, salvo que una necesidad militar lo impidiese. El siguiente paso en esta construcción conceptual supuso reconocer la importancia de estos bienes no sólo por su valor estético, artístico o histórico sino principalmente por su valor cultural y, por tanto, simbólico identitario para con la sociedad y nación en que habían sido creados. De esta construcción ideológica se desprende el principio de *responsabilidad penal internacional individual por actos graves de destrucción y daño del patrimonio cultural*, que finalmente se recogió en el Segundo Protocolo Adicional de la Convención de La Haya de 1999³⁴⁴, y

³⁴¹ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá 2012, 61.

³⁴² FRANCIONI, F. (2009) «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 14.

³⁴³ FRANCIONI, F. (2009) «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 15.

³⁴⁴ Texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 22/08/2015]. España lo ratificó el 6 de julio

ha sido ratificado también por los estatutos y los fallos de los tribunales penales internacionales³⁴⁵. Esta idea se consolida definitivamente cuando la condena internacional se extiende a casos no encuadrados en un conflicto armado. Este fue el origen de la Declaración de la Unesco relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural, de 2003³⁴⁶, que se aplica tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, cuyas primeras frases justifican la necesidad de este texto «Recordando la trágica destrucción de los Budas de Bamiyan, que afectó a toda la comunidad internacional» y «Expresando su profunda preocupación por el aumento del número de actos de destrucción intencional del patrimonio cultural»³⁴⁷.

La otra gran vertiente en la que se comenzaron a perfilar una serie de principios sobre la conservación del patrimonio tiene que ver con la apropiación de bienes, situación muy frecuente en casos de enfrentamiento bélico. De forma paralela al principio de no destrucción, se fue gestando el de no apropiación, ya desde los primeros textos sobre el arte de la guerra terrestre de 1907, como hemos visto. A pesar de ello, los conflictos armados que asolaron Europa durante la primera mitad del s. XX dieron muestras de que estos postulados estaban lejos de ser respetados. En 1943, en plena II Guerra Mundial, se adoptó la Declaración de Londres³⁴⁸ con el fin de anular los actos de apropiación ilícita de bienes culturales ocurridos durante el enfrentamiento. La Declaración tuvo un valor simbólico que real³⁴⁹, a causa de su naturaleza puramente política³⁵⁰; y otro tanto sucedió en los años siguientes tras la Convención de La Haya de 1954, que no desplegó los efectos pretendidos en los sucesivos enfrentamientos que tuvieron lugar en Europa, en parte debido al hecho de que el

de 2001 (vid. <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=15207&language=S> [consultada el 22/08/2015]).

³⁴⁵ FRANCIONI, F. (2009) «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 19. Este autor pone como ejemplo el fallo del Tribunal para la Ex Yugoslavia con respecto al ataque a la ciudad histórica de Dubrovnik afirmando que la destrucción intencional de bienes religiosos y culturales de un pueblo puede constituir un supuesto de crimen contra la humanidad.

³⁴⁶ Texto completo disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultada el 22/08/2015].

³⁴⁷ Esta declaración reviste una transcendental importancia pues apenas un año después de haberse adoptado, Etiopía fue condenada como responsable, en tanto país ocupante, de la destrucción de la «Estela de Matará», bien de enorme relevancia histórica para Eritrea, y ello a pesar que ninguno de los dos Estados eran parte en la Convención de La Haya de 1954. El fallo se basó entonces en la aplicación de un principio de Derecho internacional consuetudinario según el cual la destrucción intencional del patrimonio cultural está prohibida (vid. FRANCIONI, F. (2009) «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 20).

³⁴⁸ Texto disponible en: <http://www.lootedartcommission.com/inter-allied-declaration> [consultada el 22/08/2015].

³⁴⁹ SAN MARTÍN CALVO, M., *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de derecho internacional*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2014, 77.

³⁵⁰ FRANCIONI, F. (2009) «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, 23.

juzgador podía interpretar como no directamente aplicables sus disposiciones y, por tanto, no ordenar la restitución reclamada.

Ahora bien, no se puede negar a estos primeros textos el inmenso poder de cambio que introdujeron en la comunidad internacional. Más allá de su exitosa aplicación o no, sus disposiciones obedecían a un sentir colectivo, cada vez más extendido y compartido (es indicativo ver el número de países que ratificaron la Convención de La Haya de 1954, a la década de entrar en vigor un total de 52³⁵¹). Una de las muestras más recientes de la aplicación de este principio se produjo con la Resolución 1483 de la ONU, de 2003, en relación con la obligación de que todos los Estados miembro de la organización debía adoptar las medidas oportunas para procurar la devolución de los bienes culturales iraquíes que habían sido sacados ilícitamente de las instituciones en que se custodiaban. Así, su punto 7 establece:

[El Consejo de Seguridad de la ONU] Decide que todos los Estados Miembros adopten las medidas que corresponda para facilitar el retorno seguro a las instituciones iraquíes de los bienes culturales y otros artículos de valor científico especial o importancia arqueológica, histórica, cultural, o religiosa que fueron sustraídos ilícitamente del Museo Nacional, la Biblioteca Nacional y otros lugares del Iraq desde la aprobación de la resolución 661 (1990) de 6 de agosto de 1990, incluso prohibiendo el comercio o la transferencia de esos bienes o de aquellos respecto de los cuales haya sospechas razonables de que han sido sustraídos de manera ilícita e insta a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Interpol y otras organizaciones internacionales, según proceda, a que presten asistencia en la aplicación del presente párrafo³⁵².

Junto a estos postulados que se comenzaron a gestar a raíz de los conflictos bélicos, se fue asentando también el de luchar contra el comercio clandestino y el tráfico ilícito de bienes culturales, por cuanto contribuye al empobrecimiento cultural del país afectado. La falta de tolerancia de estas prácticas, con un fundamento incluso de ética política, se tradujo en un principio de cooperación internacional para lograr la devolución de los objetos que hubiesen sido sustraídos y comerciados de forma ilegal. De esta máxima se derivan todos los instrumentos internacionales que buscan la restitución de bienes culturales que hemos tratado a lo largo de este estudio. La consolidación de este principio en la esfera internacional se fue fortaleciendo con la asociación de otras ideas que venían a corroborar este fundamento del retorno de los bienes a su país de origen, entre ellas, el respeto al patrimonio común de toda la humanidad, a cuya formación contribuyen todos los pueblos, y el valor identitario de los bienes por su valor cultural-simbólico.

³⁵¹ Hoy lo han ratificado un total de 127 países. Puede verse el estado de Estados con la fecha de ratificación en el siguiente enlace: <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13637&language=S> [consultada el 10/11/2016].

³⁵² Texto disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/iraq/doctos/1483.pdf> [consultada el 22/08/2015].

En este conjunto de principios hay que tener muy en cuenta el impacto que la *diversidad cultural* ha producido, como trataremos a continuación.

2. ¿En qué contribuye el concepto de Diversidad Cultural?

La consolidación de los principios que hemos mencionado en el epígrafe precedente ha requerido de un proceso paulatino de asunción, comprensión e incorporación en la comunidad internacional, muchas veces materializada mediante su plasmación en algunos de los instrumentos normativos que hemos mencionado. No obstante, existe un paso más en este proceso de asentamiento que implica la interconexión de todos estos principio, no sólo entre sí, como parte del Derecho internacional de la cultura, sino también con otros del Derecho internacional general, para contribuir a crear un sistema coherente capaz de producir sus propias respuestas a situaciones de conflicto. En este sentido, entiendo que la noción de *diversidad cultural*, que ha quedado definitivamente consagrada en la Declaración de la Unesco de 2001 y, ya con valor vinculante, en la Convención de 2005, juega un papel importante como conector de ideas, como mecanismo de cohesión y articulación de muchos de estos fundamentos.

Los principios de *soberanía cultural*, *igualdad cultural de los pueblos*, *libre determinación del sistema cultural* y *pluralismo cultural* que hemos mencionado pueden entenderse como manifestaciones distintas de una misma idea, sustanciada en el reconocimiento de los Estados de su total soberanía. Este reconocimiento no podría ser real y auténtico ni no se admitiese para todas las naciones por igual, lo que implica, como consecuencia lógica y necesaria, que cada país es libre de elegir sus políticas internas en igualdad de condiciones que el resto y que, indudablemente, esto deriva en una pluralidad de formas que ya ha de venir reconocida como una consecuencia del ejercicio de la soberanía. El poder que tiene la entrada del factor cultural en este planteamiento adquiere una versatilidad más intangible y volátil, pues la cultura, siendo una realidad, es también una materia difícil de acotar.

La Convención de la Unesco de 2005 recoge todos estos principios en su texto. La *soberanía cultural* y el diseño del *sistema cultural* propio a través de las políticas culturales nacionales en el art. 2.2 «los Estados tienen el derecho soberano de adoptar medidas y políticas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios» y el art. 5.1: las partes «reafirman su derecho soberano a formular y aplicar sus políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales». El art. 2.3 trata la *igualdad cultural de los pueblos*: «La protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas». El principio de *pluralismo cultural* se desprende del art. 2.8 «La “interculturalidad” se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo».

Pero al igual que la Convención recoge y reafirma estos principios, está además introduciendo el de *diversidad cultural*. Cabe por tanto preguntarse si la interpretación generalizada de estos postulados puede verse modificada por influencia de la *diversidad*. Considero que el poder de cambio que tiene este nuevo principio, si bien está por determinar, ya ha producido sus primeros efectos. Así, aunque se reconoce indudablemente la potestad de los Estados de definir sus políticas públicas en materia de cultura, no olvidemos que la Convención de 2005 proyecta sobre todas estas facultades el deber de respetar la diversidad cultural y, más aún, de contribuir a su protección y promoción. En ese sentido, creo que el *principio de respeto a la diversidad cultural* podría llegar a oponerse frente a un Estado cuyas políticas culturales atentasen contra ella o que, en su aplicación, obviase el necesario respeto a la cultura de otros países con medidas discriminatorias, xenofóbicas, marginales o sectarias.

Por lo que respecta al principio de *cooperación cultural*, quizás uno de los que más referencias ha recibido en la medida que está conectado con otros campos de actividad que igualmente requieren de la cooperación internacional, la Convención de 2005 alude a él en numerosas ocasiones (baste como ejemplo el primer inciso del art. 12 «Las Partes procurarán fortalecer su cooperación bilateral, regional e internacional para crear condiciones que faciliten la promoción de la diversidad de las expresiones culturales»). En efecto, la *diversidad cultural* descansa en gran medida en la cooperación entre Estados, como es lógico, porque exige partir de una situación presupuesta de reconocimiento recíproco del valor de sus respectivas culturas. El tratamiento en condiciones de igualdad es imprescindible tanto para que la *diversidad* exista como para que sea respetada y preservada. Si vinculamos este principio de cooperación, en su vertiente más tangible y física, con el tema de la restitución de bienes culturales objeto de tráfico ilícito, y lo ubicamos en el contexto de la *diversidad cultural*, cabría preguntarse si una falta de colaboración en la resolución de reclamaciones sobre restitución de bienes podría ser interpretada, no sólo como incumplimiento del principio de cooperación, sino también como una infracción del deber de protección de la *diversidad*.

El atisbo de esta idea puede completarse con la conexión existente entre *identidad cultural*, *derechos humanos*, *bienes culturales* y *diversidad cultural*. La Convención reconoce expresamente que «las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados». Los bienes culturales se estiman así una materialización de unos valores superiores e identitarios del colectivo que exigen respeto y protección, y en los que *diversidad cultural* puede entenderse representada. En consecuencia, de esta asociación de conceptos puede fácilmente desprenderse que los daños y perjuicios causados a un bien cultural trascienden el menoscabo puramente material sobre el objeto, y atentan contra un conjunto de valores inmateriales ínsitos en el bien, relativos a la identidad cultural, la tradición histórica y la capacidad vehicular de conocimientos en él condensados. La falta de cooperación en el retorno de los bienes culturales al lugar de origen podría entonces interpretarse como una vulneración de derechos humanos

(culturales) y de la propia *diversidad cultural*, y, en la medida en que estos principios se encuentran recogidos en un instrumento con poder vinculante, como una infracción del Derecho internacional de los tratados.

La vinculación que existe entre este conjunto de ideas y las disposiciones de la Convención de 2005 sobre las relaciones con otros tratados es directa. Estimo que la *diversidad cultural* se ha elevado a la categoría de *principio fundamental* en torno al cual se articulan muchos de los Derechos culturales de la actualidad, no sólo a nivel internacional, sino también interno de cada país (pensemos en minorías étnicas, en la prohibición del trato discriminatorio de los colectivos, en la no discriminación por motivos religiosos, etc.). La *diversidad* como sustanciación de la identidad de los pueblos está vinculada con los Derechos Humanos. Esta es la razón por la que la Convención ha configurado un sistema de no subordinación, de igualdad de trato y de potenciación recíproca con otros textos internacionales. La Convención de 2005 no ha nacido propiamente como un instrumento que trate Derechos Humanos, no obstante, se alude a ellos en numerosas ocasiones ya que se estima que el respeto de estos derechos es *conditio sine qua non* para hacer viable la promoción y protección de la diversidad cultural³⁵³. Desde este punto de vista, el respeto a las disposiciones de la Convención, que trata la *diversidad* materializada a través de los productos y servicios culturales (no la *diversidad* como tal, a diferencia de lo que se entiende en la Declaración de la Unesco de 2001), implica una forma de respeto de los Derechos Humanos. Así, puesto que el art. 20 de la Convención insta a interpretar las obligaciones previas y las futuras asumidas por los Estados en los tratados en que son parte a la luz de este nuevo principio, todos los esfuerzos realizados en esa dirección de coexistencia de instrumentos supondrán un paso adelante en el respeto y salvaguardia de los Derechos Humanos culturales.

Posiblemente este abanico de ideas posea un valor más ideológico que sustantivo, esto es, las propias disposiciones de la Convención, que, recordemos, no se han configurado como obligaciones forzosas cuyo incumplimiento lleve aparejado una sanción, han nacido para consagrar por escrito el resultado de todo un proceso de evolución en torno a la construcción del término *diversidad* y sus conexiones con otros fenómenos como la globalización o el desarrollo sostenible. De este proceso de elaboración conceptual podrán desprenderse una serie de principios consuetudinarios claros, cuyo *leit motiv* es la propia diversidad.

Entre los efectos que el asentamiento de este principio puede generar en la esfera internacional quizás quepa señalar el cambio de postura en la definición de *bienes culturales* que ha introducido la Directiva 2014/60/UE con relación a la anterior de 1993, al haber suprimido los requisitos de los anexos. En la evolución advertida en la construcción del concepto de *bienes culturales* y su progreso hacia una perspectiva

³⁵³ DONDEERS, Y. (2012) «Cultural Rights and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions. Included or Ignored?», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 177.

holística puede admitirse que la *diversidad cultural* ha jugado un importante papel, y que su influencia se extiende a otros instrumentos que abordan diferentes aspectos de la realidad cultural³⁵⁴. Dado el valor de este principio, uno podría preguntarse qué sentido tiene admitir las acciones de restitución en unos casos sí (bienes culturales que entren dentro del campo de definición propio del texto aplicable) y en otros no, cuando el criterio parece descansar más bien en razones de importancia o transcendencia económica o cualitativa. Este sistema de clasificación tiene en cuenta el valor cultural de los bienes sólo de manera parcial, en la medida en que su objeto material son bienes calificados como pertenecientes al patrimonio cultural de los Estados miembro por sus legislaciones nacionales; pero acota a continuación el campo de actuación sobre la base de criterios ajenos a la realidad cultural. La Directiva de 2014 elimina este sistema de definición y se remite a las respectivas legislaciones internas de los Estados miembro que, haciendo uso de su *soberanía cultural*, habrán clasificado los bienes integrantes de su patrimonio cultural en atención a un cúmulo de elementos entre los que ha de estar, claro está, su valor simbólico superior e identitario.

Por otro lado, algún sector de la doctrina internacionalista considera insuficientes y difíciles de aplicar los mecanismos de restitución contemplados en los instrumentos actualmente vigentes³⁵⁵. Una de las principales críticas es que definen un ámbito de aplicación restricto que encuentra escaso acomodo con el fin superior que se trata de lograr: la restitución del bien al país de origen, objetivo que no debería estar supeditado a un sistema de definición por categorías de objetos y requisitos cumulativos de antigüedad y valor, sino en la propia importancia cultural del bien en sí. Otra de las críticas es que estos procedimientos de restitución contemplan una serie de parámetros que quedan en ocasiones a la apreciación y concreción del juzgador, lo que genera la incertidumbre de que no hay seguridad en cuál vaya a ser el fallo final a la reclamación³⁵⁶. Un tercer elemento a tener en cuenta es el elevadísimo coste de estos procedimientos, un factor disuasorio especialmente en el caso de reclamaciones presentadas por particulares³⁵⁷.

Por estas y otras razones algunos autores apuntan hacia la necesidad de promover mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje, la mediación o la simple negociación. Gegas, de hecho, llega a afirmar que el arbitraje es el único medio

³⁵⁴ LENZERINI, F. (2012) «The 1972 World Heritage Convention and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 137 y 141.

³⁵⁵ GEGAS, E. I., «International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property», *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 129, 1997-1998, vol. 13, 134; FELLRATH GAZZINI, I., *Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving Non-Contractual Disputes*, Ardsley, New York: Transnational Publishers 2003, xxiv.

³⁵⁶ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 193.

³⁵⁷ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 190; FELLRATH GAZZINI, I., *Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving Non-Contractual Disputes*, Ardsley, New York: Transnational Publishers 2003, 59.

que puede dar una respuesta a estas disputas de una forma conjunta, en donde se tenga en cuenta la totalidad de factores presentes, y muy especialmente la naturaleza particular de los bienes reclamados³⁵⁸, además de otras cuestiones éticas, sociales, científicas o humanitarias³⁵⁹. Las ventajas que se han señalado para el arbitraje se centran sobre todo en subrayar la flexibilidad del proceso y su potencialidad para aplicarse a todo tipo de reclamaciones, salvando así una de las mayores críticas hechas a los instrumentos internacionales de restitución. Además, ofrece privacidad³⁶⁰, la posibilidad de gestionar la solución aplicando principios no estrictamente jurídicos, y los laudos son obligatorios³⁶¹.

La influencia de la *diversidad cultural* puede también desplegar efectos en esta tendencia y en el aumento del número de casos que se solventen por estas vías. En la medida en que el concepto de *diversidad* hace referencia a una realidad cultural compleja y expansiva, los mecanismos judiciales de resolución de conflictos pueden resultar cada vez más insuficientes para el fin pretendido. Consciente de las ventajas y posibilidades que estos mecanismos de respuesta pueden aportar en los casos de restitución de bienes culturales, la Conferencia General de la Unesco, en su 33ª reunión celebrada el 25 de agosto de 2005 aprobó una estrategia destinada a facilitar la devolución de estos bienes³⁶². Entre las medidas propuestas para implementar estos procesos, se planteó la idea de incorporar la mediación y la conciliación entre las atribuciones del Comité Intergubernamental para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita. Esto supuso el punto de partida a un proceso de trabajo en el diseño de esta competencia, que culminó con una reforma de los estatutos del Comité y la aprobación del Reglamento para la mediación y la conciliación en octubre de 2010³⁶³ y la creación de un subcomité especializado en estas vías extrajudiciales de resolución.

En definitiva, aunque el verdadero potencial de cambio del principio de *diversidad cultural* aún está por determinar, comienzan a hacerse perceptibles los primeros efectos, que pasan, necesariamente, por un cambio ideológico en el tratamiento de las cuestiones vinculadas a la cultura y a los bienes culturales.

³⁵⁸ GEGAS, E. I., «International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property», *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 129, 1997-1998, vol. 13, 134.

³⁵⁹ STAMATOUDI, I. A., *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, 194.

³⁶⁰ FELLRATH GAZZINI, I., *Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving Non-Contractual Disputes*, Ardsley, New York: Transnational Publishers 2003, 68.

³⁶¹ Como señala FELLRATH GAZZINI, I., *Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving Non-Contractual Disputes*, Ardsley, New York: Transnational Publishers 2003, 79, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en Nueva York en 1958 (BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977, páginas 15511 a 15512 (BOE-A-1977-15727)), establece la obligatoriedad de cumplimiento de los laudos arbitrales emanados de tribunales de arbitraje de los países contratantes, sea entre personas físicas, personas jurídicas o entes públicos.

³⁶² Texto completo en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001405/140517s.pdf#page=3> [consultada el 27/08/2015].

³⁶³ Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001925/192534E.pdf> [consultada el 27/08/2015].

3. ¿Es posible acabar con el tráfico ilícito de bienes culturales?

Por mucho que los esfuerzos hacia la erradicación de este tipo de prácticas se vayan consolidando y los procesos de cooperación internacional redunden en una buena conducta de lucha colectiva contra estos actos, la realidad arroja datos descorazonadores. En pleno s. XXI, tras haber trabajado hacia la elaboración de instrumentos internacionales que faciliten la restitución de bienes, tanto en tiempo de guerra como de paz, contamos con numerosos ejemplos en que estos hechos siguen estando de actualidad. Uno de los supuestos más conocidos es el de robo de piezas iraquíes de museos e instituciones culturales durante la ocupación norteamericana, que acababan siendo comercializadas en el mercado negro³⁶⁴, lo que motivó la Resolución 1483 de la ONU, a la que ya hemos hecho referencia.

La vinculación de estos actos con organizaciones criminales que comercian con obras de arte como una forma más de obtener financiación para sus actividades resulta evidente. Debería entenderse que, en la actualidad, el saqueo de piezas que están perfectamente identificadas, inventariadas y registradas en diversos soportes tecnológicos no debería obtener una rápida salida en el mercado. De hecho, estas piezas muy difícilmente podrán ser comercializadas en casas de subastas porque la difusión por los medios de su origen ilícito ensombrecería cualquier intento por limpiar esta sustracción a través de sucesivas transmisiones de la propiedad y, más aún, difícilmente un comprador podría llegar a ampararse en la buena fe de su adquisición. No obstante, lo sorprendente es que se siguen produciendo.

El caso más reciente y alarmante es el de las ciudades históricas de Palmira, Hatra, Nimrud y el saqueo sistemático del Museo de Nínive, en Mosul, entre otros, acompañado muchas veces de actos de destrucción intencional con efectos propagandísticos, por parte del denominado Estado Islámico³⁶⁵. Las piezas que se han logrado vender suelen ser pequeñas o medianas, y las grandes obras no logran salida en el mercado. ¿Cómo a día de hoy sigue habiendo compradores desaprensivos que están dispuestos a adquirir piezas obtenidas en estas circunstancias? La venta de bienes culturales por el Estado Islámico es una de sus principales fuentes de ingresos.

La Unesco ha reaccionado ante estos actos destructivos poniendo en marcha el programa «#Unit4Heritage» que trata de sacar partido de las nuevas tecnologías para crear un movimiento global de condena abierta a la campaña de limpieza cultural y destrucción del patrimonio cultural iraquí llevada a cabo por el Estado Islámico y

³⁶⁴ Es especialmente desolador el expolio ocurrido en el Museo Nacional de Bagdad durante el período 2003-2006, donde el saqueo de obras se produjo por personas aleccionadas de las mafias que pusieron especial cuidado en eliminar también los registros documentales de las piezas para dificultar su rastreo y localización (AGUDO VILLANUEVA, M., *El Museo Nacional de Irak: diez años después del saqueo*, www.mediterraneoantiguo.com 2013). La página web oficial del Museo dispone de un formulario para facilitar la recopilación de información en la localización de piezas perdidas (<http://www.theiraqmuseum.com/pages/about-the-museum/> [consultada el 23/08/2015]).

³⁶⁵ Noticia en Eldiario.es «ISIS destruye estatuas del s. IX a.C. en un museo de Irak», publicada el 26 de febrero de 2015: http://www.eldiario.es/internacional/ISIS-estatuas-IX-AC-Irak_0_360814449.html [consultada el 23/08/2015].

grupos afines³⁶⁶. Además, desde el inicio de estos actos, las condenas desde la Unesco han sido reiteradas y rotundas. La ONU, por su parte, ha adoptado la resolución A/RES/69/281 el 28 de mayo de 2015 para Salvar el Patrimonio Cultural de Iraq³⁶⁷, en cuyo preámbulo declara:

La destrucción del patrimonio cultural, que es representativo de la diversidad de la cultura humana, borra la memoria colectiva de una nación, desestabiliza a las comunidades y amenaza su identidad cultural, y poniendo de relieve la importancia de la diversidad cultural y el pluralismo y de la libertad de religión y de creencias para alcanzar la paz, la estabilidad, la reconciliación y la cohesión social.

Una idea que surge a este respecto es qué sucede si un grupo político radical como el mencionado llega a tomar el poder e instaura un régimen dictatorial en el que las disposiciones sobre la regulación del patrimonio cultural del país sufren un cambio de rumbo absoluto. Si se derogasen las normas previas que restringían la exportación de bienes culturales y el nuevo gobierno obtuviese un enorme beneficio económico de la comercialización indiscriminada de esas piezas, vendidas, ahora sí, bajo la legalidad de su propio régimen, ¿podrían condenarse esas enajenaciones?, ¿podría la comunidad internacional adoptar medidas de contención de ese patrimonio? ¿Podría decirse que en virtud del respeto a la diversidad cultural esas exportaciones podrían ser consideradas ilícitas?

VII. Conclusiones

Como hemos podido comprobar, la Convención de la Unesco de 2005 ha consolidado la presencia de un nuevo factor en la esfera del Derecho internacional de la cultura como es el concepto de *diversidad cultural*. Si bien el ámbito de aplicación del instrumento se ha circunscrito a las expresiones culturales, condensadas en las actividades, productos y servicios culturales, su capacidad de influencia ideológica sobre otros aspectos no tangibles del fenómeno cultural parece evidente.

El progresivo asentamiento de la noción de *diversidad* se ha manifestado como un concepto capaz de moldear y redefinir la presencia de la cultura en el diseño de las relaciones internacionales desde múltiples perspectivas. Quizás uno de los aspectos más evidentes es el relativo a las políticas públicas de salvaguardia de las manifestaciones culturales propias, aspecto en el que la conexión entre *respeto a la diversidad y medidas de protección y promoción* parece encontrar perfecto acomodo con el texto de la Convención de 2005. En relación con este punto, es cierto que el poder que tienen la *diversidad* para equilibrar el binomio cultura-comercio está aún por demostrar y acotar; pero no hay duda de que constituye un principio fundamental para amparar la aplicación

³⁶⁶ Información disponible en: http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/unity4heritage_campaign_launched_by_unesco_director_general_in_baghdad/#.VdnoePntluA [consultada el 23/08/2015].

³⁶⁷ Texto disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/69/281> [consultada el 23/08/2015].

de un régimen específico a los bienes culturales por razón de su especial naturaleza. Por otro lado, no hay que olvidar la proyección que este concepto tiene en otras vertientes, particularmente en la configuración del contenido de una nueva forma de *cooperación cultural internacional*, realidad que se ha visto enriquecida y ampliada en los últimos tiempos, y el modo en el se concibe en la actualidad *el desarrollo sostenible*, fenómeno colectivo que exige de la participación de todos los Estados y en el que la cultura se ha establecido como un elemento indiscutible dentro de las mediciones del desarrollo de los países.

Algunos de estos conceptos habían empezado a ser considerados en la comunidad internacional desde hacía varias décadas. La presencia de la *diversidad* no los introduce *ex nihilo*, pero sí los consolida y enriquece, particularmente cuando los términos *cooperación* y *desarrollo* tienen una clara conexión con factores económicos y comerciales a la hora de determinar el grado de crecimiento y evolución de una nación. La *diversidad*, y especialmente los aspectos de ella vinculados a las relaciones comerciales de los bienes y servicios culturales, refuerza de manera rotunda la necesidad de tomar en cuenta el fenómeno cultural como elemento de medición de ese desarrollo y de relativizar las reglas del mercado cuando la especial naturaleza de los productos o servicios trasciende la mera importancia o valor físico inmediato.

Desde la elaboración de la Convención de 2005, la creciente influencia de la *diversidad* se ha hecho sentir hasta quedar incorporada al lenguaje habitual que modula las políticas internacionales. No obstante, una de las principales críticas que se ha hecho de este instrumento ha sido la vaguedad de sus términos junto al hecho de que sus disposiciones no sean de cumplimiento forzoso, lo que relaja el grado de operatividad de algunos de sus postulados. A pesar de ello, la *diversidad* ha contado con el nivel de expansión, asunción e incorporación suficientes por parte de la comunidad internacional como para que un cierto cambio de tendencia comience a ser perceptible. Considero que la presencia actual de la *diversidad* ha llegado a la categoría de principio de Derecho internacional, como algún autor había apuntado, y que sus efectos, aunque paulatinos, ya se han hecho sentir, tanto a nivel interno de los Estados como en la esfera de las relaciones internacionales.

Por lo que respecta a la conexión de la *diversidad* con el tráfico ilícito de bienes culturales y los mecanismos de restitución establecidos en los tratados vigentes, estimo que el concepto puede contribuir a seguir una interpretación extensiva de los respectivos campos de aplicación de estos instrumentos. Esto se traduce en una priorización de la vertiente cultural de los bienes sobre su aspecto dominical, lo que también ha influido en una mayor expansión de la teoría del nacionalismo cultural sobre la del internacionalismo cultural. El cambio introducido por la nueva Directiva 2014/60/UE en la forma de definir su campo de aplicación, considerablemente más amplio que el establecido por la Directiva anterior, es, en mi opinión, un claro ejemplo de cómo la importancia de la cultura está siendo valorada en estas esferas, y en esta evolución creo que la influencia de la *diversidad cultural* no es en absoluto desdeñable.

Cabría apuntar, además, a la creciente toma en consideración de nuevas vías de resolución de conflictos. La transcendencia de la cultura, como es obvio, no puede traducirse en una simple jerarquización de valores que conduzca a despojos o situaciones injustas. Las dificultades presentes en los procesos de reclamación de bienes, en que se dan cita derechos públicos y privados, pone de manifiesto la necesidad de hallar respuestas extrajudiciales ante la insuficiencia o falta de ajuste de las medidas previstas en los procesos resueltos ante tribunales. La asunción de este hecho y el progresivo apoyo a estas vías alternativas por parte de organizaciones internacionales puede verse también como un triunfo de la cultura en cuanto factor cuya toma en cuenta debe ser la prioridad para la solución de disputas.

En definitiva, si bien el completo alcance de la *diversidad* está aún por ver, su influencia actual es innegable. En este sentido, estimo que estamos ante un principio con entidad suficiente para desplegar todo un conjunto de ideas y principios derivados, todos ellos interconectados con otras máximas ya consolidadas, particularmente en materia de soberanía cultural, derechos humanos e identidad cultural.

VIII. Bibliografía

- AGUDO VILLANUEVA, M. (2013): *El Museo Nacional de Irak: diez años después del saqueo*, <http://www.mediterraneoantiguo.com/2013/04/reportaje-el-museo-de-bagdad-la.html>
- ASKERUD, P. y CLÉMENT, E. (2009): *La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales. Un manual de la Unesco para la implementación de la Convención de 1970*, México: Unesco. <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001187/118783so.pdf>
- BACH FABREGÓ, R. (2015): *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro estado miembro de la Unión Europea*. Informe aprobado por el pleno del CGPJ. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/gl/Poder-Xudicial/Consello-Xeral-do-Poder-Xudicial/Actividade-do-CXPX/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-sobre-restitucion-de-bienes-culturales-que-hayan-salido-de-forma-ilegal-del-territorio-espanol-o-de-otro-estado-miembro-de-la-Union-Europea>
- BÁKULA, C. (2012): *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de 1970: balance y perspectivas*, París: Unesco. http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Bakula_es_01.pdf
- BARREIRO CARRIL, B. (2014): «Article 20 of the Unesco Convention on Cultural Diversity: its use for promoting respect for Cultural Diversity in WTO Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, nº 1 (2014) pp. 108-120, <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1912/904>
- (2011a): *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la Unesco*. Madrid: Iustel.
- (2011b): «La interacción entre el Convenio de 2005, el régimen del comercio internacional y los procesos de integración», en C. M. DÍAZ BARRADO y C. R. FERNÁNDEZ LIESA (dirs.), *La Unesco y la protección internacional de la*

cultura en el espacio iberoamericano. Madrid: Universidad Carlos III, pp. 155-181.

BATOR, P. M. (1983): *The International Trade in Art*. Chicago: University of Chicago Press.

BERNIER, I. (2012) «The Convention on the Protection and Promotion on the Diversity of Cultural Expressions. A Cultural Analysis», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, pp. 95-123.

□□ (2007): *Un aspecto importante de la aplicación de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales: el fondo internacional para la diversidad cultural*. En el portal Culture et Communications Québec, Secrétariat à la diversité culturelle (<http://www.diversite-culturelle.qc.ca/>). Disponible en: <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/fonds-diversite-culturelle-esp.pdf>

BERNIER, I. y RUIZ FABRI, H. (2002): «Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle». *Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle. Bibliothèque nationale du Québec* (http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/106145_faisabilite.pdf).

BIANCO, G. (2011): «La Convención Unesco sobre la diversidad cultural y la OMC: ¿conflicto o complementariedad?». Portal *Diritti comparati*. *Comparare i diritti fondamentali in Europa* (<http://www.diritticomparati.it/2011/07/el-20-de-octubre-de-2005-la-conferencia-general-de-la-unesco-adopt%C3%B3-la-convenci%C3%B3n-sobre-la-protecci%C3%B3n-y-promoci%C3%B3n-de-la-d.html>)

BOISSY D'ANGLAS, F.-A. de (1794): *Quelques idées sur les arts et sur la nécessité de les encourager adressé à la Convention Nationale*, discurso de 13 de febrero de 1794 dirigido, además de a la Convención Nacional, al Comité de Instrucción Pública. Copia digitalizada disponible en la plataforma virtual de la Biblioteca Nacional de Francia: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417735/f1.image>

- BRODIE, N. (2006): «An archaeologists view of the trade in unprovenanced antiquities», en B. T. HOFFMAN (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 52-63.
- (2004): «Export Deregulation and the Illicit Trade in Archaeological Material», en J. R. RICHMAN y M. P. FORSYTH (eds.), *Legal Perspectives on Cultural Resources*, Walnut Creek: AltaMira.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. (2007): *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Colex.
- CALVO CARAVACA, A. L. (2004): «Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente». *Universitas*, nº 108. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana (2004), pp. 647-675, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/108/ent/ent16.pdf>
- CALVO CARAVACA, A. L. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. (2008): «Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte». *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 705 (2008), pp. 195-219.
- CANDEL-MORA, M. Á. (2010): «La traducción al español en el ámbito de las actividades de protección del patrimonio cultural de la Unesco», en L. GONZÁLEZ, LUIS y P. HERNÚÑEZ (coord.) *Actas del IV Congreso «El Español, Lengua de Traducción» El español, lengua de traducción para la cooperación y el diálogo*, Madrid: ESLEtRA, pp. 313-328: http://cvc.cervantes.es/Lengua/esletra/pdf/04/038_candel.pdf
- CARRERA HERNÁNDEZ, J. (2009) «La Unesco y la gestión del patrimonio mundial: mecanismos de protección y garantía», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, pp. 135-154
- CHIPPINDALE, C. y GILL, D. W. J. (2000): «Material Consequences of Contemporary Classical Collecting», *American Journal of Archaeology*, vol. 104, nº 3, Archaeological Institute of America (2000), pp. 463-511.

- COMUNIDADES EUROPEAS – CONSEJO (1992): *Cuarto Convenio ACP-CEE firmado el Lomé el 15 de diciembre de 1989*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.
- DÍAZ DE RADA, Á. (2010): *Cultura, antropología y otras tonterías*. Madrid: editorial Trotta.
- DONDERS, Y. (2012): «Cultural Rights and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions. Included or Ignored?», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, pp. 165-182.
- ESTRELLA FARIA, J. A. (2013): «Unesco, Unidroit y la restitución de bienes culturales», en J. A. SÁNCHEZ CORDERO (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*. México: Universidad Autónoma, pp. 19-34 (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3457/1.pdf>)
- FELLRATH GAZZINI, I. (2003): *Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving Non-Contractual Disputes*, Ardsley, New York: Transnational Publishers.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (2012): *Cultura y Derecho Internacional*, Madrid: Universidad de Alcalá.
- FRANCIONI, F. (2009): «La protección del patrimonio cultural a la luz de los principios de Derecho Internacional Público», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA y J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid: Colex, pp. 13-34.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (1988): «Presupuestos jurídico-constitucionales de la legislación sobre Patrimonio Histórico», *Revista de Derecho Político*, nº 27-28 (1988), pp. 181-212.
- GEGAS, E. I. (1997-1998): «International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property», *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 129, vol. 13 (1997-1998), pp. 129-166.

- GERMANN AVOCATS (2010): *Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, http://www.diversitystudy.eu/ms/spanish_study_version_10_10_2010.pdf
- LAPORTE, M.-A. (2008): *Les saisies d'oeuvres d'art durant le Triennio révolutionnaire: réactions française et italienne*. Mémoire de Master 1 «Sciences humaines et sociales», Université Pierre Mandès-France, Dir. M. GILLES BERTRAND (<http://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00297319/document>).
- LENZERINI, F. (2012): «The 1972 World Heritage Convention and the Convention on the Diversity of Cultural Expressions», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, pp. 127-142.
- LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, P. (2001): *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*. Valencia: Tirant lo blanch.
- MAGÁN PERALES, J. M^a A. (2001): *La circulación ilícita de bienes culturales*. Valladolid: Lex Nova.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C. (2015): *Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea*. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Informe_CF_Restituc%C3%B3n_Bienes_Culturales.pdf?idFile=7b1824d8-552d-487f-94fb-b0917b503aa2
- MASTALIR, R. W. (1992): «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property Under International Law», *Fordham International Law Journal*, vol. 16, issue 4 (1992), pp. 1033-1093.
- MERRYMAN, J. H. (1987-1988): «The Restitution of Cultural Property», 21 U.C. Davis L. Rev. (1987-1988), pp. 477-513.
- (1986): «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law*, vol. 80, n° 4 (1986), pp. 831-853.

- (1984-1985): «Thinking about the Elgin marbles», 83 Mich. L. Rev. (1984-1985), pp. 1881-1923.
- MOUSTAKAS, J. (1989): «Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability», Cornell Law Review, nº 74 (1989), pp. 1179-1227.
<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol74/iss6/5/>
- MUSITELLI, J. (2006): «La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique». *Revue Internationale et Stratégique*, nº 62 (2006), pp. 11-22, (<http://www.diplomatie.gouv.fr/es/IMG/pdf/0701-MUSITELLI-ES.pdf>).
- NEGRÍN, I. de (1888): «Tratado de Derecho Internacional Marítimo». Madrid: Viuda e Hijos de Abienzo, Impresores.
- NEUWIRTH, R. J. (2012): «The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Critical Analysis of the Provisions», en T. KONO y S. VAN UYTSEL (eds.), *The Unesco Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A Tale of Fragmentation in International Law*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, pp. 45-69.
- OFICINA FEDERAL DE CULTURA DEL GOBIERNO SUIZO (1999): *International Transfer of Cultural Objects. UNESCO Convention of 1970 and Unidroit Convention of 1995. Report of the working group*. Berna: Federal Office of Culture.
- PETIT, M. (2006): «La Convención de la Unesco sobre diversidad cultural: ¿un tratado que llega demasiado tarde?». *Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya* nº 23-24 (2006). pp. 187-200
(https://www.cac.cat/pfw_files/cma/recerca/quaderns_cac/Q23-24petit_ES.pdf).
- POMMIER, E. (1997): «La saisie des oeuvres d'art», *La liberté en Italie (1796-1797) (actes du colloque de Vincennes, 7 juin 1996)*, Vincennes, Centre d'études d'histoire de la Défense, p. 30-43
(http://www.napoleon.org/fr/hors_serie/1campagne-italie/lesecrits/colloques/art.html).
- PRIETO DE PEDRO, J. (2009): «El Derecho de la Cultura», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VIII: Los sectores regulados, Vol. II, Madrid: Iustel, pp. 261-290.

- (2005): *Excepción y diversidad cultural*. Fundación alternativas (<http://www.oei.es/cultura/ExcepcionJPrieto.pdf>).
- (1993): *Cultura, culturas y constitución*, Madrid: Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales.
- PROTT, L. V. (2012): *Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción*. París: Unesco. http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Prott_2_es.pdf
- (2009): «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On», *Uniform Law Review*, nº 2009 (2009), pp. 215-237 <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/articles/s70-prott-2009-e.pdf>
- (2000): *Commentaire relatif a la Convention d'Unidroit*, París: Unesco.
- (1996): «UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review*, nº 1996-1 (1996), pp. 59-71, <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/articles/s70-prott-1996-e.pdf>
- QUINCY, Q. de (1815 [1796]): *Lettres sur le project d'enlever les monumens de l'Italie*. Roma. Copia digitalizada disponible en la plataforma virtual del Institut National de l'Histoire de l'Art: <http://bibliotheque-numerique.inha.fr/collection/12721-lettres-sur-le-prejudice-qu-occasionneroient-aux/>
- RENGIFO LOZANO, A. J. (2008): «Avances y perspectivas del derecho para la restitución de bienes culturales a sus países de origen: el caso del Patrimonio Cultural Quimbaya». *Revista Proloegómenos. Derechos y valores*, vol. 11, nº 22 (2008). Colombia. Universidad Militar Nueva Granada. pp. 17-48 (<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602209.pdf>).
- RICO CAMPS, D. (ed.) (2007 [1796]): Quatremère de Quincy. *Cartas a Miranda*. Murcia: Nausícaä.

- RODRÍGUEZ BARBA, F. (2009): «La importancia de la *Convención sobre la la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* de la Unesco y su impacto en las políticas culturales mexicanas». *Revista CONfines* 5/9 (2009). pp. 23-37 (<http://confines.mty.itesm.mx/articulos9/RodriguezF.pdf>).
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. A. (2009): «La Ley Federal NAGPRA, patrimonio arqueológico e identidad étnica en Puerto Rico», en *Boletín de Antropología Americana* n° 45 (2009), La Habana: Instituto Panamericano de Geografía e Historia, pp. 59-98.
- SAN MARTÍN CALVO, M. (2014): *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de derecho internacional*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- SAUVÉ, P. (2002): «Los retos culturales de la ronda de negociaciones de Doha de la OMC». *Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, n° 14 (2002), pp. 29-36:
http://www.cac.cat/pfw_files/cma/recerca/quaderns_cac/Q14sauve_ES.pdf
- SCHNEIDER, M. (2001): «Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review*, n° 2001-3 (2001), pp. 476-564
<http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/1995culturalproperty-explanatoryreport-e.pdf>
- SCOVAZZI, T. (2009): *Diviser c'est détruire. Principes éthiques et règles juridiques applicables au retour des biens culturels*. Paris: Unesco. http://portal.unesco.org/culture/es/files/39157/12433501645Scovazzi_Fr.pdf/Scovazzi_Fr.pdf
- SLJIVIC, A. (1997-1998): «Why do you think it's yours? An exposition of the jurisprudence underlying the debate between cultural nationalism and cultural internationalism», *The George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 31, n° 3 (1997-1998), pp. 393-438.
- STAMATOUDI, I. A. (2011): *Cultural Property Law and Restitution. A commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar.
- STOLL, P.-T. (2012) «Article 20. Relationship to Other Treaties: Mutual Supportiveness», en S. VON SCHORLEMER y P.-T. STOLL (eds.), *The*

Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes, Springer Berlin Heidelberg, pp. 519-543.

TCHIMINO GROSZ, C. (2012): *El Convenio Unidroit de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Memoria de licenciatura*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional (http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113815/de-Tchimino_c.pdf?sequence=1).

UNESCO (2006): *Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Manual de la Unesco*. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146118s.pdf>

□□ (2004a): «Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural: una visión, una plataforma conceptual, un semillero de ideas, un paradigma nuevo», *Serie sobre Diversidad Cultural n°1*, San Borja (Perú) (2004): Unesco: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127162s.pdf>

□□ (2004b): *L'Unesco et la question de la diversité culturelle*. París: Unesco. <http://portal.unesco.org/culture/es/files/12900/10958784663DivCult-BilanStrat%E9gies-FRA-20sept04.pdf/DivCult-BilanStrat%E9gies-FRA-20sept04.pdf>

□□ (2002): *Cultura, comercio y globalización: preguntas y respuestas*. París: Unesco y CERLALC. <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001300/130033so.pdf>

□□ (1996): *Nuestra diversidad creativa. Versión resumida*. París: Unesco. <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001055/105586sb.pdf>

□□ (1990): *Decenio mundial para el Desarrollo Cultural 1988-1997. Programa de acción*. Francia: Unesco. <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000852/085291sb.pdf>

□□ (1969): *Cuatro declaraciones sobre la cuestión racial*. Rennes: Unesco. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001281/128133so.pdf>

UNOCD (2009): *Protección contra el tráfico de bienes culturales*. Viena: UNOCD. https://www.unodc.org/documents/organized-crime/trafficking_in_cultural/CCPCJ_EG_1_2009_CRP_1/V0987314S.pdf

- VÁSQUEZ BAZÁN, C. (2012): «Declaración de Bruselas de 1874 pone en evidencia crímenes chilenos contra la humanidad y otros delitos de guerra de los sureños en el Conflicto del Salitre», en <http://cavb.blogspot.com.es/>. Disponible en: <http://cavb.blogspot.com.es/2012/09/chile-violo-las-leyes-de-guerra-durante.html>
- VELASCO MAÍLLO, H. M. (2014): «Los múltiples usos de la diversidad cultural. La diversidad cultural ante el racismo, el desarrollo y la globalización en los documentos Unesco», *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, nº 33 (2014), Madrid: UNED, pp. 181-218: <http://revistas.uned.es/index.php/endoxa/article/viewFile/13555/12253>
- (2006): «La cultura, noción moderna». *Patrimonio cultural y Derecho*, nº 10 (2006), pp. 11-34.

IX. Webgrafía

- Bases de documentación de las Naciones Unidas: www.un-documents.net
- Bases de documentación de la Unesco: portal.unesco.org y unesdoc.unesco.org
- Bases de legislación europea: Eur-lex: eur-lex.europa.eu
- Blog de César Vásquez PERÚ: Política, Economía, Historia: cavb.blogspot.com.es
- CINU: Centro de Información de las Naciones Unidas: www.cinu.org.mx
- Commission for looted art in Europe: www.lootedartcommission.com
- Diario.es, medio generalista en línea: www.eldiario.es
- Diversity Study: página web oficial: www.diversitystudy.eu
- Gallica, Bibliothèque numérique. Bibliothèque Nationale de France: gallica.bnf.fr
- International Committee of the Red Cross: www.icrc.org
- Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de España: www.mecd.gob.es
- Página Web Oficial de la OMC: www.wto.org
- Página Web Oficial de la Unesco: www.unesco.org

Página Web Oficial de la Vicepresidencia del Gobierno de Colombia:
www.vicepresidencia.gov.co

Página Web Oficial de las Naciones Unidas: www.un.org

Página Web Oficial de Unidroit: www.unidroit.org

Página Web Oficial del Boletín Oficial del Estado, España: www.boe.es

Página Web Oficial del Museo Nacional de Irak: www.theiraqmuseum.com